

LaNotaria

Número 1 | 2014

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

Les clàusules abusives i la protecció al deutor

«Tenim un sistema de seguretat jurídica
preventiva difícilment millorable»

Entrevista a José Manuel Siera Míguez
President de la Sala 3a del Tribunal Suprem

«Un Dret que mereix ser imitat,
com el nostre, és un Dret
que té un gran valor»

Entrevista a Joan Egea Fernández
President del Consell de Garanties
Estatutàries de Catalunya

TRIBUNA

César Belda Casanova
Concha Carballo Casado

Jesús Julián Fuentes
Martínez

Juan Gómez Martínez

PRÀCTICA

El control notarial de les clàusules
abusives: contingut i fases. Un intent
de posada al dia

Les inconseqüències de la inscripció
al Registre de la Propietat dels
arrendaments urbans

La cèdula d'habilitat a Catalunya:
excepcions a la seva obligatorietat

DOCTRINA

Dació en pagament i novació
de préstec hipotecari: a la
recerca d'hereus

La necessària reforma del
contracte de préstecs

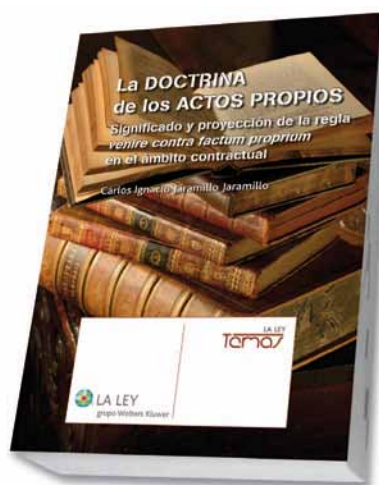
Perspectiva judicial de les
clàusules abusives

Legislació continuada de
protecció dels deutors
hipotecaris fins a la Llei 1/2013

Oferta vinculant i informació
prèvia a l'autorització del
préstec hipotecari

NOVEDAD

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS



**5% de DESCUENTO
por compras
en Internet**

PRECIO: ~~70,19 €~~ + IVA

AHORA:

66,68 € + IVA

⇒ Significado y proyección de la regla *venire contra factum proprium* en el ámbito contractual

⇒ Esta investigación analiza lo más relevante de la doctrina de los **actos propios**, tema que hoy reviste más importancia académica y práctica que en el pasado.

En el área del Derecho Civil relativa a los contratos, **el principio de los actos propios constituye un elemento esencial en la teoría del negocio jurídico**, en cuanto exigencia básica en la conducta de las partes contratantes; entendiéndose que es una doctrina de elaboración y desarrollo jurisprudencial, y por ello mismo, de capital importancia para el profesional jurídico que finalmente ha de resolver la controversia mediante una resolución de los Tribunales de Justicia.

Dispone de un **estudio integral y exhaustivo** de los aspectos más relevantes de la doctrina de los actos propios lo que la convierte en una obra imprescindible.

⇒ **AUTOR: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.**

Páginas: 644 / Encuadernación: Rústica con solapas
ISBN: 978-84-9020-240-1

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@laley.es / www.laley.es

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.wke.es>



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

LA LEY. Un paso por delante

Director:

Àngel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

José Javier Cuevas Castaño (*Vida corporativa*), Víctor Esquirol Jiménez (*Jurisprudència/Resolucions*), Elisabeth García Cueto (*Internacional*), Antonio Àngel Longo Martínez (*Pràctica*), Javier Martínez Lehmann (*Jurisprudència*)

Consell editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luelmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autònoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autònoma de Barcelona*), Pablo Salvador Coderch (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chulià (*U. de Valencia*), Roberto Follía Camps (*Notario - RALJC*), José Antonio García Vila (*Notario*), Ildelfonso Sánchez Prat (*Notario*), Josep M^a Valls Xufré (*Notario*), M^a Angels Vallvé Ribera (*Notario*)

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Disseny, preimpressió i impressió per Wolters Kluwer España, SA

ISSN: 2172-3028

D.L.: M-15125-2012

Tots els drets reservats

Les opinions expressades pels nostres col·laboradors en aquestes pàgines són de la seva exclusiva responsabilitat i no coincideixen necessàriament amb la línia editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 *El·lustració* Col·legi de Notaris de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrer de 2014, i llur transposició al Dret intern espanyol

Encara que sigui el 21 de març de 2016 la data límit per a estar publicades totes les disposicions legals, reglamentàries i administratives —és a dir, noves lleis o reformes de les existents (singularment, LH, LMH i LEC), decrets, ordres ministerials i fins i tot circulars del Banc d'Espanya— necessàries per a donar compliment al que s'estableix en la Directiva 2014/17/UE, sí sembla molt convenient anar destacant ja les qüestions que convindrà tenir presents en futures —i imprescindibles— reformes, de la mateixa manera que seria bo que hi hagués un gran debat no només als *mass media*, fins i tot en el cas que siguin especialitzats, sinó també en congressos jurídics, jornades i la resta dels mitjans i formes habituals de crear-se l'opinió jurídica.

La transcendència de la matèria no únicament en l'ordre jurídic, sinó també econòmic i social, la ressalta la mateixa Directiva. Així, llur Considerant 3, quan parla de fins i tot soccament dels fonaments del sistema financer i de possibles greus conseqüències socials i econòmiques, derivació, segons que diu, del «*comportament irresponsable dels participants en el mercat*», malgrat que després dediqui poca atenció —ho calcula per d'aquí a un lustre, art. 45— a l'anomenat *préstec responsable*, que no és sinó en termes moderns el trasllat de la vella dita «*contra el vici de pidolar, la virtut de no donar*», en la qual també quedava clarament reflectit cada un dels participants del mercat. No era tal cosa el que es predicava, i això que no era justament deflació el que hi havia en el decenni d'entre segles, sinó —i a fe que així es féu— el fet de llençar bitllets «verds» —per a aquests pagaments, euros o divises, així com iens— des d'un helicòpter. Alguns no van entendre l'expressió, ni el context o escola econòmica en què es va produir, i van portar-la a llurs darreres conseqüències, i aquí estem; això sí, ara amb la preocupació que pugui haver-hi deflació. Potser no seria sobrer recordar que en el centre del Dret Civil, també en el de Contractes —és en aquesta branca del saber on cauen l'operació principal del préstec o crèdit hipotecari i la figura del consumidor—, sempre hi ha hagut la persona natural, ara més comunament coneguda com a *física* per contraposició a les *jurídiques*, i no les grans xifres o els grans negocis, o els voluminosos beneficis, tot i que el ciutadà i consumidor final l'únic que està veient són operacions de rescat en l'àmbit econòmic i, afortunadament, encara sense helicòpter en el social.

En l'àmbit jurídic, i malgrat que es refereixi pràcticament a totes les matèries habituals del contracte de crèdit, aquesta Directiva recolza en dos grans pilars, com

són la informació precontractual (art. 14) i la fase de realització del dret de garantia (art. 28), és a dir, el contracte —sigui de crèdit, de préstec o una altra forma de finançament— i la hipoteca sobre béns immobles d'ús residencial. Tot i que res no impedeix (Considerant 13) que els Estats Membres facin extensives llurs mesures per a protegir els consumidors en altres contractes de crèdit, ni que «*regulin d'una altra manera aquests contractes*», sembla que l'òptim seria que en la informació precontractual allò rellevant fos la presència d'un consumidor i no la finalitat del crèdit; diferent, i això ja és així, serà quan es tracti de la realització, per impagament, d'immobles la destinació dels quals no sigui l'ús residencial, concepte més ampli que el de simple *habitatge habitual*, ja que també inclou les segones residències. I encara que l'habitatge habitual sigui el que s'hipoteca, per raó de la finalitat del préstec o crèdit, queda exclosa llur aplicació quan es tracta de les hipoteques inverses, productes de pensió hipotecària o altres productes especialitzats equivalents. Exclusió que no impedeix que s'estengui també, si més no, la informació precontractual com a garantia de l'adequada i transparent informació al consumidor.

En fase precontractual —i fins i tot, prèviament, en la publicitat i en les possibles ofertes *ad offerendum*—, destaca la TAE, a la qual dedica l'Annex I; malauradament, no sempre li presta el consumidor la consideració que mereix, ja que se centra més en el tipus nominal, el diferencial, les bonificacions o les comissions, no sols d'obertura, sinó també de reemborsament anticipat —a les quals també es refereix la Directiva, art. 25—, quan és, tanmateix, l'element bàsic que permet comparar clarament les diferents possibles ofertes, no sigui que al compte no hi aparegui el principal del crèdit sinó com a mer apunt comptable, conseqüència que d'immediat es carregui la comissió d'obertura i, per tant, allò rebut sigui un 1,5 % menys del que es presta, encara que l'interès nominal es pagarà sobre l'import principal. Juntament amb la TAE, apareix la FEIN, a la qual es dedica l'Annex II, força més alleugerida de sobreinformació que les nostres actuals FIRPE-FRIPE, i esdevé bàsica (art. 14.2 a 14.4), atès que els Estats Membres podran fins i tot exigir que inclús sigui obligatòria amb l'oferta vinculant si prèviament no s'ha rebut o difereix de l'oferta.

En la fase de realització, hi ha menys regulació, però sí més substància (art. 28), sobretot perquè cal esperar el més escrupolós respecte a les pretensions de la Directiva, atesa la reiterada jurisprudència del TJUE que ha deixat la garantia hipotecària en una autèntica nebulosa, juntament amb el fet que el control de les clàusules abusives no podrà ser obviat sigui quina sigui la via jurisdiccional o no que es reguli per al cobrament del deute.

En aquesta fase derivada de l'impagament destaquen, al marge dels recàrrecs o recàrrecs addicionals que preveu, llur aposta per la *datio in solutum*, però crec que abans que aquesta opció, que deixa el prestatari sense habitatge i que, òbviament, no farà patir al prestamista els riscos de la caiguda dels preus, caldria tenir en compte àmpliament la novació i els supòsits de pèrdua de rang i, sens dubte, una regulació coherent i àmplia —més enllà del que sembla un indicatiu a la Llei 1/2013— del sobreendeutament del consumidor. No sols per raó del deute hipotecari, sinó quan aquest és el deute principal.

Molt és el que queda al llarg d'aquest 2014 i del proper 2015 per legislar i, si és possible, per sistematitzar, però, alhora, caldrà que també sigui possible comptar amb alguns mesos, mal que siguin els del 2016, per a poder entendre i assumir la nova legislació.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrer de 2014, i llur transposició al Dret intern espanyol
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- L'E-e-stat tecnològic
César Belda Casanova 6
- El nou Impost sobre Successions a Catalunya
Concha Carballo Casado 10
- Recursos contra qualificació negativa en matèria de Dret català
Jesús Fuentes Martínez 14
- Les ensenyances de la clàusula sòl
Juan Gómez Martínez 19



Entrevistes

- «Amb els notaris i els registradors, tenim un sistema de seguretat jurídica preventiva difícilment millorable»
José Manuel Sieira Míguez 21
- «Un Dret que mereix ser imitat, com el nostre, és un Dret que té un gran valor»
Joan Egea Fernández 29



Doctrina

- Dació en pagament i novació de préstec hipotecari: a la recerca dels hereus cridats
Esther Arroyo Amayuelas 34
- La necessària reforma del contracte de préstec
María Paz Sánchez Sánchez 43
- Perspectiva judicial de les clàusules abusives
Fernando Lacaba Sánchez 54
- Legislació continuada de protecció dels deutors hipotecaris fins a la Llei 1/2013
Jesús M. Sánchez García 64
- Informació i control de les clàusules dels préstecs hipotecaris
Verónica Dávalos Alarcón 69



Pràctica

- El control notarial de les clàusules abusives: contingut i fases. Un intent de posada al dia
Antonio Ángel Longo Martínez 74
- Les inseqüències de la inscripció al Registre de la Propietat dels arrendaments urbans
Daniel Loscertales Fuertes 85
- La cèdula d'habitabilitat a Catalunya: excepcions a l'obligatorietat
José-Javier Cuevas Castaño 87



Internacional

- Ressenyes de normativa
Elisabeth Garcia Cueto 92
- Directiva europea sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial
Ángel Serrano de Nicolás 93



Sentències

- Sentències del Tribunal Suprem 99



Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils
Fernando Agustín Bonaga 106



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret 123

L'E-e-stat tecnològic



César Belda Casanova

Degà del Col·legi de Notaris de València

Conseller delegat de l'Agència Notarial de Certificació

Fa poc més de dos anys i mig —al novembre—, aquesta revista em va permetre publicar un breu article sobre l'Agència Notarial de Certificació (Ancert), organisme que el Consell General del Notariat havia decidit que havia de coordinar feia amb prou feines quatre mesos en aquell moment.

Òbviament, trenta mesos no és un període massa llarg, i menys en informàtica, però si un període així ha de ser suficient per a alguna cosa és per prendre perspectiva sobre el que ha de fer-se i el que no. **El Consell d'Administració d'Ancert, i en la mateixa mesura el Consell General del Notariat, hem pogut no només tenir coneixement de quins eren els actius i l'organització d'Ancert, sinó també, i crec que això ha estat el veritablement important, de quines necessitats**

tenien el Notariat, l'Administració i els ciutadans, i cap a on hem de dirigir els nostres esforços. En suma, hem pogut **traçar un full de ruta que constitueixi el nostre pla de sistemes per als propers tres anys**, que orienti la nostra feina i ens permeti rendibilitzar-la en termes econòmics, polítics i socials.

Aquest full de ruta és el que pretenc exposar en aquesta segona ocasió en la qual comparec en aquesta revista.

L'estructura de les que constituïran les nostres accions immediates arrenca del penúltim paràgraf, però no necessàriament en l'ordre indicat. Més aviat en el contrari: **l'objectiu dels nostres desenvolupaments anirà enfocat, principalment, a refermar socialment la imatge del Notari i el seu paper com a neces-**

sari col·laborador de la societat de la informació. La nostra raó de ser és proporcionar un millor servei als ciutadans; sense aquesta premissa, la nostra funció està mancada de sentit. La informàtica ha de constituir l'eina idònia que permeti als nostres clients percebre que el nostre esforç els estalvia temps i augmenta la seva competitivitat.

El segon dels rols del nostre full de ruta ha de consistir a **fer sentir a l'Administració**, que ja ha tingut temps de contrastar-ho en tots aquests anys, que **la nostra funció és de lleial col·laboració, atès que els seus fins són els nostres, però que l'esforç econòmic recau totalment en nosaltres i que, per tant, hem de venir dotats de les eines jurídiques que ens resultin necessàries per poder**



donar compliment dia a dia a les seves demandes més peremptòries.

Per últim, hem deixat enrere l'època —necessària i inevitable— en què Ancert havia de fer-se lloc en l'espai de la societat de la informació i havia, per tant, de concórrer a tot el que pogués sorgir, fos o no rendible. Després parlarem de les xifres que ens avalen. **Ha arribat el moment en què el nostre know-how ha de fer-se valer**, i en què els nostres desenvolupaments han d'obeir —quan la prioritat no vingui determinada per algun dels dos condicionants anteriors— a **permetre una rendibilitat del que invertim**.

La informàtica ha de constituir l'eina idònia que permeti als nostres clients percebre que el nostre esforç els estalvia temps i augmenta la seva competitivitat

I en què es plasmarà tot això en els propers anys?

1. En el pla social:

a) Expedients de domini. La nostra relació amb el Cadastre ha millorat exponencialment la seguretat jurídica en les transmissions. La nova Llei de reforma hipotecària, que aborda

la coordinació Cadastre-Registre, col·loca al mig del procés els notaris, i els converteix en una peça essencial de l'expedient de domini, de les actes d'atermenament i de l'esmena de discrepàncies. La creació d'aquest autèntic procediment de seguretat jurídica preventiva, basat en les necessàries comunicacions telemàtiques, ens convertirà no només en creadors dels títols jurídics, sinó també en integradors de les realitats físiques.

b) Validacions dels documents d'identitat. Cal dotar de major seguretat mecànica els actes notariaus. La possibilitat d'excloure la falsedat o l'error dels documents d'identitat amb els quals identifiquem els clients comença a constituir una prioritat. Esperem que al setembre tinguem en ple funcionament aquest validador que exclourà un gran nombre de problemes i riscos.

c) Fitxa immobiliària. Tant en aquesta aplicació com en la següent, partim del fet que cada client té dret a conèixer quines dades seves es troben en el nostre poder. Vivim en una societat de relacions jurídiques complexes i en molts casos els clients ignoren o no recorden en quins negocis o quins títols han atorgat i davant de quin Notari. Aquesta nova aplicació permetrà confeccionar en segons i contra la base de l'Índex Únic Informatitzat en quins ac-

tes ha intervingut qualsevol compareixent que ho sol·liciti des de l'any 2004.

d) Fitxa mercantil. El mateix respecte de les relacions mercantils.

e) Remissió de còpia al Cadastre. A partir del juliol, entrarà en funcionament el nou servei de remissió de còpia simple al Cadastre. Quan el particular ho sol·liciti, en les escriptures que no suposin un canvi de titularitat, sinó només la modificació física de les finques, el Notari remetrà a l'Administració cadastral una còpia simple. Amb això pretenem establir el pas previ que permeti, per a aquests casos, que a través de la Notaria es pugui instar la modificació gràfica en les bases de dades del Cadastre.

f) Remissió de còpia dels apoderaments a les administracions públiques. El passat 23 de maig es va signar, entre el Consell General del Notariat i el Ministeri d'Administracions Públiques, un conveni que permetrà que, sempre a sol·licitud dels clients, els notaris remetem a una adreça de correu de les administracions públiques una còpia simple de les escriptures d'apoderament que nosaltres autoritzem. Això, a més de permetre un estalvi en els tràmits de la presentació, suposarà una millor presència de les empreses espanyoles davant de l'Administració, que d'aquesta manera veurà centralitzades i informatitzades les relacions de representació que les persones físiques o jurídiques hagin de contractar o entrar-hi en relació.

g) Titularitat real. Abans que res, cal dir que en l'última visita del Grup d'Acció Financera Internacional, organisme que avalua les mesures contra el frau de cada país, el Notariat ha superat amb una qualificació altíssima les proves d'avaluació i eficiència, per la qual cosa la nostra corporació s'ha revelat com un dels elements indispensables en la lluita contra el blanqueig de capitals. Doncs bé, això ha estat possible gràcies a l'existència de l'Òrgan Centralitzat de Prevenció del Blanqueig de Capitals i a les seves dues eines essencials: l'Índex Únic i la Base de Dades de Titularitat Real, actualment les dues eines baluard de la nostra funció davant de l'Administració i la resta d'agents socials.





Doncs bé, sembla necessari permetre que la base de dades de titularitat real sigui verificada pels notaris abans de l'autorització de les escriptures, amb la qual cosa s'estalvia als clients haver d'aportar l'acta de titularitat real corresponent. I, si escau, rectificar-la passant gradualment d'un titular manifestat a un titular acreditat.

2. En les nostres relacions amb l'Administració:

- a) Hem deixat enrere el compliment de l'**encàrrec de gestió**, per a l'execució informàtica del qual vam disposar de només un mes i el grau d'eficàcia i efectivitat del qual per part dels notaris ha deixat meravellada l'Administració, que no creia que fos possible.
- b) **Subhastes notariales.** Del resultat d'aquest projecte ha estat possible que l'Administració consideri que el futur de totes les subhastes que hagin de publicar-se al *Butlletí Oficial de l'Estat* en aquest país hagin de passar a ser controlades pels notaris, amb la consegüent coordinació informàtica.
- c) **Liquidació de tributs.** Fa tres anys, no podíem pensar que abans d'acabar aquest any la totalitat de les administracions autonòmiques estarien rebent la liquidació telemàtica dels impostos de Transmissions, Operacions Societàries i Actes Jurídics Documentats. En canvi, estem ja en condicions d'anunciar que aquest horitzó de fi d'any sembla, fins i tot, massa llunyà.
- d) **Obtenció del NIE des de les notaries.** La necessitat de poder donar compliment a les obligacions de l'Índex han fet veure —per fi— a l'Administració que diferir l'obtenció del número d'identificació fiscal de les persones no residents a un moment posterior a l'autorització de l'escriptura pública constitueix, d'una banda, un imperatiu, doncs el negoci jurídic ha de signar-se, i, de l'altra, un error gravíssim per part de l'Administració, que veu dificultat així el seguiment en matèria de blanqueig. És, doncs, una aplicació sobre la qual ja estem tre-

ballant i de la qual esperem obtenir resultat a curt termini.

- e) **Liquidació telemàtica de l'Impost de Successions de no residents.** Tribut especialment complex i de liquidació centralitzada, la delegació del qual en les notaries pot proporcionar una evident millora del servei per als clients i una presència imprescindible per a l'Administració.

3. Per a nosaltres:

- a) **AGN.** Tots sabem que ha començat ja la distribució del programa d'AGN (o de gestió integral de les notaries). Davant de les crítiques rebudes per qui no vol o no sap veure la realitat, ha de quedar clar que aquest programa ni pretén ser l'únic, ni serà de franc, ni costarà un cèntim als notaris que no vulguin adquirir-lo.

Però també ha de quedar clar que el que sí pretén és definir una referència d'eficiència i seguretat que els notaris —tots els notaris— haurem de complir. I que, de ben segur, obligarà a la resta d'empreses d'informàtica a superar-se i millorar els productes, de manera que es pugui complir amb les exigències que la nostra funció imposi.

Per ara, ja hem aconseguit un doble efecte: la resta d'empreses d'informàtica han moderat —si no abaixat obertament— els preus i han millorat les aplicacions. L'increment en la qualitat i la millora en la competitivitat sembla que estan servides.

- b) **El know-how d'Ancert no ha de servir només al Notariat espanyol.** El nostre esforç ha de servir també perquè altres notariats, amb menor esforç i menys recursos, puguin beneficiar-se dels nostres avanços. En aquest sentit, el Notariat i els registres de Guatemala funcionen ja amb la tecnologia de signatura digital d'Ancert. Al seu torn, el Notariat peruà va a implementar els nostres paràmetres d'Índex Únic i està desenvolupant els nostre centre de control d'OCP.
- c) Per últim, **el document públic espanyol constitueix ja el referent en tot l'àmbit iberoamericà sobre el sistema del registre electrònic de postil·les.**

No seran aquests els únics reptes que els notaris i Ancert haurem d'assumir a curt termini. La nova Llei de navegació marítima i el paper que se'ns vulgui delegar als notaris per reforçar la seguretat jurídica en les transaccions dels vaixells, i especialment en els mitjans de pagament; l'escenari que s'obrirà amb la futura Llei de jurisdicció voluntària; la configuració definitiva dels registres civils, o la incorporació de les planimetries cadastrals, tot seran novetats que poc o molt haurem de tractar informàticament i a totes haurem de donar resposta.

El document públic espanyol constitueix ja el referent en tot l'àmbit iberoamericà sobre el sistema del registre electrònic de postil·les

I on ens trobem ara mateix? Sempre he cregut que hem d'allunyar-nos dels triomfalismes. I aquest allunyament potser ha contribuït a permetre que es confongui la modèstia amb la debilitat. També ha passat aquest temps. No és just no reconèixer que l'esforç realitzat per un petit grup de persones —nou membres del Consell d'administració, un Director general, quatre caps de departament i vuitanta-dues persones, gairebé totes enginyers— ha permès canalitzar l'esforç dels tres mil notaris i disset mil empleats fins al punt de constituir l'organització informàtica notarial més complexa i evolucionada del món, disposant, a més, de la segona base de dades d'aquest país.

Vegem algunes xifres:

- 1. **Estats comptables.** Tant els pressupostos de 2014 com els comptes corresponents a 2013 van ser aprovats pel Consell en el ple de març. Cal destacar que els comptes es troben auditats per l'Auditora Stemper, i que l'examen comptable ha rebut la qualificació d'excel·lent per part de l'auditora.

Destacar que, a partir del mes d'abril, la quota fixa baixa 5 euros: de 50 a 45 euros.



2. Algunes xifres de l'any passat sobre les aplicacions, algunes amb particular èxit:

- a) Ja són **més de catorze mil les línies de telefonia mòbil utilitzades pels notaris, els seus familiars o empleats**. Atès que el cost per a Ancert, que després es repercuteix als notaris, ha ascendit ja a 3.522.000 euros, estimem que l'estalvi per a la corporació en relació amb el que ordinàriament s'hauria satisfet a companyies de telefonia a preu de mercat oscil·la entre els 10 i els 12 milions d'euros.
- b) **Denominació social, amb 305.778**, és un dels serveis més sol·licitats pels notaris en les pràctiques dels nostres despatxos.

- c) Igualment, la **consulta de deutes, amb 945.178 sol·licituds**, és una de les aplicacions de major desenvolupament en l'últim any.
- d) Les **sol·licituds de certificats d'últimes voluntats** han arribat aquest any a **414.293**, atès que les sol·licituds del Registre d'assegurances, tot i que s'han reduït, segueixen essent de 571.197.
- e) I durant el 2013 el nombre de còpies autèntiques remeses entre notaris i a les administracions públiques ha arribat a 450.272.
- f) Però, sens dubte, l'aplicació principal dels nostres desenvolupaments és la **presentació telemàtica als registres**. L'any passat, en

el qual la implantació al Mercantil encara no havia acabat d'arrencar, el número de còpies presentades als registres, en el pitjor moment de la crisi, va ser d'**una mica més d'un milió cinc-cents mil**.

Entenc que una adequada reflexió ens obliga a avaluar quina ha estat la repercussió en els nostres ingressos de tots aquests actes, i quina la repercussió en la imatge de modernitat i innovació que Ancert ha estat capaç de transmetre a l'exercici de la nostra funció.

En resum, Ancert és nostre. Som els notaris. I és un dels elements que ens permet seguir dient que tenim futur. Futur com a notaris. Com a agents indispensables per a la societat.

El nou Impost sobre Successions a Catalunya



Concha Carballo Casado
Advocada i economista

I. ANTECEDENTS

L'Impost sobre Successions i Donacions, entre altres tributs, a l'empara de la LOFCA de 1980, es va cedir a les comunitats autònomes com a eina de finançament; en un principi, aquesta cessió quedava reduïda a l'obtenció del producte d'aquest tribut, que estava establert i regulat per l'Estat, però, en virtut de les lleis 14/1996 i 21/2001, es van atorgar a les comunitats autònomes àmplies capacitats normatives. Això ha portat múltiples problemes, entre els quals destaca la competència fiscal que s'ha generat entre els diferents territoris, i tot això perquè no existeix cap criteri d'harmonització respecte de l'ús d'aquestes competències normatives, a excepció de l'obligat compliment de la normativa comunitària d'harmonització fiscal.

I en aquest context s'ha anat modificant a Catalunya l'Impost sobre Successions i Donacions. Centrant-nos en la modalitat *mortis causa*, que ha estat objecte de modificació recentment, farem un breu resum de l'evolució que ha experimentat fins a l'actualitat.

Fins al 2009, s'aplicava pràcticament la normativa estatal. Amb la **Llei 26/2009**, del 23 de desembre, de mesures fiscals, financeres i administratives, per al 2010, i la **Llei 19/2010**, del 7 de juny, de regulació de l'Impost sobre Successions i Donacions (**reforma de 2010**), s'incorporen importants modificacions en la tributació amb l'objectiu de reduir les quotes tributàries resultants. En aquesta reforma s'incorporen nous supòsits de reducció, s'incrementen les quantitats ja existents, s'estableix una nova tarifa i se suprimeix

el coeficient multiplicador per patrimoni preexistent. Aquestes mesures van entrar en vigor en tres fases.

Posteriorment, amb la **Llei 3/2011**, del 8 de juny, de modificació de la **Llei 19/2010 (reforma de 2011)**, culminant la reforma anterior, s'inclou una bonificació en la quota del **99%** aplicable per als causahavents dels grups I i II, és a dir, cònjuge, descendents i adoptats, ascendents i adoptants. Amb aquesta reforma, es pretenia posar **fi a la discriminació** de Catalunya respecte d'altres territoris, com la Comunitat Valenciana o Madrid, respondent també a la necessitat de **retenir o recuperar** capitals que s'havien anat a altres territoris per motius únicament fiscals. És la «**deslocalització**» objecte de tants debats. L'impost desapareixia pràcticament per als patrimonis baixos i mitjans, i els



majora veien disminuïda substancialment la càrrega fiscal, deixant-la pràcticament en residual per als grups I i II en aplicar-se una bonificació **del 99%**.

I, a partir del 31 de gener (1 de febrer de 2014 per al tema que ens ocupa), canvia el rumb de les modificacions normati-

ves amb la **Llei 2/2014**, del 27 de gener. Heretar a Catalunya és més car.

Més enllà de compromisos polítics, la raó d'aquesta reforma, en la nostra opinió, és la necessitat d'augmentar els ingressos tributaris de la Generalitat per continuar amb el procés de consolidació fiscal.

II. MODIFICACIONS A LA REFORMA

Vegem molt breument les variables modificades:

1. Es **minoren les reduccions per parentiu** segons la taula següent:

	Llei 2/2014	Llei 19/2010
Grup I (<i>descendents menors de 21 anys</i>)	100.000 euros + 12.000 euros per cada any menor de 21 * Límit: 196.000	275.000 euros + 33.000 euros per cada any menor de 21 * Límit: 539.000
Grup II		
Cònjuge	100.000 euros	500.000 euros
Descendents (+ 21 anys)	100.000 euros	275.000 euros
Resta de descendents	50.000 euros	150.000 euros
Ascendents	30.000 euros	100.000 euros
Grup III (<i>col·laterals 2n i 3r grau</i>)	8.000 euros	50.000 euros
Grup IV (<i>resta</i>)	0 euros	0 euros

2. Es **limita la reducció per tercera edat** a adquisicions per persones del grup II (abans s'aplicava independentment del grup al qual pertanyés l'hereu).

3. S'**elimina la reducció addicional** (que permetia reduir, amb límits, el 50% de la base imposable ja reduïda en els

contribuents dels grups I i II), derogant, en conseqüència, el dret a l'opció per la reducció per parentiu i la reducció addicional eliminada.

4. Es manté la bonificació del **99%** de la quota tributària exclusivament per al cònjuge, però per a la **resta de contribuents**

dels grups I i II la bonificació es redueix en el percentatge mitjà ponderat que resulti de l'aplicació per trams de base entre el **99%**, per a una base imposable inferior a **100.000** euros, fins al **20%**, per a una base imposable superior a **3.000.000** d'euros.

Taula aplicable:

	Base imposable Fins a euros	Bonificació (percentatge)	Resta base imposable Fins a euros	Bonificació marginal (percentatge)
1	0,00	0,00	100.000,00	99,00
2	100.000,00	99,00	100.000,00	97,00
3	200.000,00	98,00	100.000,00	95,00
4	300.000,00	97,00	200.000,00	90,00
5	500.000,00	94,20	250.000,00	80,00
6	750.000,00	89,47	250.000,00	70,00
7	1.000.000,00	84,60	500.000,00	60,00
8	1.500.000,00	76,40	500.000,00	50,00
9	2.000.000,00	69,80	500.000,00	40,00
10	2.500.000,00	63,84	500.000,00	25,00
11	3.000.000,00	57,37	en endavant	20,00



5. La bonificació anterior es reduirà a la meitat quan el contribuent hagués optat per aplicar algun dels beneficis següents, que, en definitiva, són els resultants de la successió d'«em-

presa familiar», agrària i patrimoni cultural (que es mantenen com en la normativa anterior), excepte la corresponent a l'adquisició d'habitatge habitual (que ja quedava fora del còmput de la reducció

a la meitat per l'elecció de bonificacions a la Llei anterior).

Nova taula aplicable:

	Base imposable Fins a euros	Bonificació (percentatge)	Resta base imposable Fins a euros	Bonificación marginal (percentatge)
1	0,00	0,00	100.000,00	49,50
2	100.000,00	49,50	100.000,00	48,50
3	200.000,00	49,00	100.000,00	47,50
4	300.000,00	48,50	200.000,00	45,00
5	500.000,00	47,10	250.000,00	40,00
6	750.000,00	44,73	250.000,00	35,00
7	1.000.000,00	42,30	500.000,00	30,00
8	1.500.000,00	38,20	500.000,00	25,00
9	2.000.000,00	34,90	500.000,00	20,00
10	2.500.000,00	31,92	500.000,00	12,50
11	3.000.000,00	28,68	en endavant	10,00

L'opció és inamovible un cop presentada l'autoliquidació en un o altre sentit, però, si es presenten diverses autoliquidacions dins del període voluntari, la que es considera definitiva és l'opció continguda en l'última presentada en termini.

6. Es prolonga fins al 31 de desembre de 2015 la possibilitat excepcional que permet la Llei de concedir un ajornament per al pagament del deute de fins a dos anys.

7. En les sol·licituds de **pagament del deute tributari mitjançant el lliurament de béns immobles, serà necessari un informe favorable** previ de l'òrgan competent en funció de l'ús final de l'immoble lliurat.

Un exemple il·lustratiu: suposem una herència de 800.000,00 euros, una altra d'1.000.000,00 d'euros i una altra d'1.200.000,00 euros, i que l'hereu és el cònjuge, o un fill, o un germà:



— Herència de 800.000,00 euros:

	Anterior a 2010	Reforma de 2010	Reforma de 2011	Reforma de 2014
Cònjuge	204.532,40	14.500,00	145,00	1.290,00
Fill	204.532,40	57.000,00	570,00	14.847,30
Germà	329.552,45	223.936,00	223.936,00	235.412,86



— Herència d'1.000.000,00 euros:

	Anterior a 2010	Reforma de 2010	Reforma de 2011	Reforma de 2014
Cònjuge	254.052,40	48.500,000	485,00	1.850,00
Fill	254.052,40	105.000,00	1.050,00	29.426,40
Germà	408.200,12	319.228,00	319.228,00	334.140,41

— Herència d'1.200.000,00 euros:

	Anterior a 2010	Reforma de 2010	Reforma de 2011	Reforma de 2014
Cònjuge	320.012,40	93.000,00	930,00	2.490,00
Fill	320.012,40	153.000,00	1.530,00	49.343,00
Germà	512.957,79	420.873,00	420.873,00	433.865,21

Sobren les conclusions després dels números anteriors.

III. COMENTARIS FINALS

Tant aquestes reformes empreses a Catalunya a partir de 2010 com les que s'han portat a terme en altres comunitats autònomes han respost al que, si m'ho permeteu, podríem denominar *subhasta tributària* entre comunitats autònomes, que s'han impulsat per oferir millors condicions als seus ciutadans per tal de desincentivar la deslocalització o atraure rendes altes, però han acabat per ignorar la finalitat d'aquest tribut, que no és altra que contribuir a una millor redistribució de la riquesa: dues persones amb la mateixa capacitat econòmica haurien de contribuir el mateix, i dues persones amb diferent capacitat econòmica haurien de contribuir diferent, en virtut del principi de progressivitat. En canvi, això no ocorre en l'impost que estem analitzant aquí. Es produeixen situacions de clara desigualtat que deriven de la manera en què s'ha cedit aquest impost a les comunitats autònomes, i de com aquestes han exercitat les seves competències normatives.

Posem dos exemples que en l'actualitat estan estudiant tribunals de Justícia.

D'una banda, la possible desigualtat generada quan algunes comunitats autònomes han establert reduccions en base o bonificacions en quota de les quals es

poden beneficiar, només, els residents en aquesta comunitat autònoma. És el cas de València, la normativa de la qual estableix que els hereus d'una persona morta que sigui resident a València gaudiran d'una bonificació en la quota del 99%, sempre que tinguin la residència habitual també en aquesta comunitat. Es consagra, per tant, una situació de desigualtat entre els hereus residents en aquesta comunitat i els que no hi resideixen; mateixa capacitat econòmica, tributació diferent. El Tribunal Suprem ha elevat una qüestió d'inconstitucionalitat que es troba pendent de resolució.

Es consagra, per tant, una situació de desigualtat entre els hereus residents en aquesta comunitat i els que no hi resideixen

L'altre gran front obert està pendent de resolució per part del Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea i deriva d'una denúncia de la Comissió Europea contra Espanya per discriminar a no residents en aquest impost: els que siguin residents a l'estranger hauran de suportar l'impost d'acord amb la normativa estatal de l'impost, mentre que els que siguin residents a Espanya ho faran segons la normativa autonòmica corresponent a la regió on fos resident el causant en el moment de morir (en major o menor

mesura, menys costoses que l'estatal). La Comissió Europea considera que això discrimina contribuents amb situacions objectivament comparables, sense que concorrin els requisits de proporcionalitat i justificació.

Després del que hem assenyalat aquí, té sentit que ens qüestionem si realment ens trobem al davant d'un impost progressiu, i si vulnera els principis constitucionals i comunitaris. Potser la solució sigui establir uns criteris d'harmonització similars a la Llei d'hisendes locals, que, sense deixar de dotar els ajuntaments de competències normatives, estableixi uns límits que no puguin traspasar. Però sempre tindrem altres interessos paral·lels a la pròpia igualtat, redistribució i progressivitat, com la CEOE ja ha posat de manifest a les seves propostes a la reforma fiscal que està essent analitzada actualment, advocant per la necessitat d'assegurar que la transmissió del patrimoni empresarial no sigui gravada, al·legant que es posaria en greu perill la continuïtat de les empreses familiars, que constitueixen una gran part del teixit empresarial espanyol. Podem presumir que són les grans herències les que contenen aquest tipus de béns, per la qual cosa la seva aplicació disminueix la capacitat redistributiva de l'impost. I després de l'informe dels experts fiscals facilitat al Govern i les properes novetats tributàries que ens esperen, aquestes notes es veuran antiquades... Però això ja és objecte d'altres debats.

Recursos contra qualificació negativa en matèria de Dret català

L'Estat de la qüestió després de la STC del 16 de gener de 2014



Jesús Fuentes Martínez
Notari de Barcelona

I. INTRODUCCIÓ

El BOE del 10 de febrer de 2014 va publicar la STC del 16 de gener del mateix any, que resolva un recurs d'inconstitucionalitat que havia estat presentat per l'Advocat de l'Estat, en nom del President del Govern, contra els arts. 3.4 i 7.2 i, per connexió, contra els arts. 1 i 3.3 de la Llei del Parlament de Catalunya 5/2009, del 28 d'abril (dels recursos contra la qualificació negativa dels títols o les clàusules concretes en matèria de Dret català que hagin d'inscriure's en un registre de la propietat, mercantil o de béns mobles de Catalunya), en entendre que el seu contingut normatiu excedia les competències atribuïdes a la Comunitat Autònoma de Catalunya en l'Estatut d'autonomia i vulnerava les competències exclusives de l'Estat en les matèries de legislació civil i

d'ordenació dels registres i instruments públics, ex art. 149.1.8 CE.

Atesos els límits materials d'aquesta col·laboració, podem resumir la decisió de l'Alt Tribunal destacant-ne tres aspectes bàsics:

1r. Inadmet el recurs d'inconstitucionalitat pel que fa als arts. 1 («*Aquesta llei regula el règim dels recursos contra la qualificació negativa dels títols o de les seves clàusules concretes que han d'inscriure's en un registre de la propietat, mercantil o de béns mobles de Catalunya, sempre que les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin, de manera exclusiva o juntament amb altres motius, en normes del Dret català o en la seva infracció*») i 3.3 («*Si la persona que presenta el recurs al registre l'in-*

terposa davant de la Direcció General dels Registres i del Notariat, i el Registrador o la Registradora, mantenint la qualificació, entén que, en aplicació de l'art. 1, és competent la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, ha de formar expedient en els termes establerts legalment i ha d'eleva-lo a aquesta última amb l'advertència expressa d'aquell fet. La Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques ha de comunicar-ho d'immediat al Ministeri de Justícia perquè en tingui coneixement») de la Llei del Parlament de Catalunya 5/2009, del 28 d'abril, en introduir-se aquesta impugnació ex novo en el recurs i, d'aquesta manera, no poder beneficiar-se de l'ampliació del termini per formular-lo que deriva de l'art. 33.2 LOTC, amb la conseqüència que el retret d'inconstitucionalitat d'aquestes normes esdevé extemporani.



2n. Declara la inconstitucionalitat i nul·litat de l'art. 3.4 («***Si diversos interessats opten per interposar cadascun un recurs governatiu i almenys un es basa en normes del Dret català o en la seva infracció, la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques ha de substanciar tots els recursos, inclosos els que no al·leguin la infracció d'una norma del Dret català, en una única peça, i ha de resoldre'ls acumuladament***»), en els incisos «***i almenys un es basa en normes del Dret català o en la seva infracció***» i «***inclosos els que no al·leguin la infracció d'una norma del Dret català***», atès que s'estableix una regla sobre l'acumulació de recursos governatius dirigits contra una mateixa qualificació registral negativa que imposa, pel simple fet que un es basa en normes de Dret català o en la seva infracció, una *vis atractiva* a favor de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat, habilitant-la per substanciar-los tots en una única peça, inclosos els que no al·leguin la infracció d'una norma del Dret català, estimant que aquesta atribució excedeix de la competència estatutàriament assumida per la Comunitat Autònoma de Catalunya per resoldre aquests recursos governatius, que se circumscriu estrictament a la «*qualificació dels títols o les clàusules concretes en matèria de Dret català*» (art. 147.2 EAC), essent la seva finalitat la de preservar i protegir el Dret català, per la qual cosa aquesta habilitació estatutària no inclou la preservació o protecció d'altres drets forals o especials, ni del Dret Civil comú.

3r. Desestima el recurs pel que fa a la impugnació de l'art. 7.2 («***Les respostes a les consultes fetes d'acord amb l'establert per l'apartat 1 són vinculants per a tots els notaris i registradors de la propietat i mercantils, que han d'ajustar la interpretació i aplicació que facin del Dret català al contingut d'aquestes respostes. La Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques ha de donar publicitat i la màxima difusió a aquestes respostes pels mitjans que consideri més adequats***»), en considerar-la una manifestació de l'exercici d'una competència exclusiva de la Genera-

litat sobre el seu sistema privatiu de Dret Civil, fundada en la ratio de la garantia autonòmica de la foralitat civil establerta per l'art. 149.1.8 CE, que ni afecta a la relació jeràrquica de notaris i registradors amb la Direcció General dels Registres i del Notariat, ni condiciona, pertorba, constreny ni obstrueix l'exercici de qualssevol altres competències estatals, com, per exemple, les disciplinàries, doncs la legislació estatal aplicable les circumscriu a la relació amb la Direcció General dels Registres i del Notariat, com a nota característica de la dependència jeràrquica.

II. PRONUNCIAMENTS ANTERIORS DE LA DGRN I DE LA DIRECCIÓ GENERAL DE DRET EN SUPÒSITS DUBTOSOS

Fins aquí el resum de la Sentència, però, per centrar adequadament la qüestió, **cal examinar alguns dels pronunciaments més recents de la DGRN** quan ha hagut de defensar la seva competència per a resoldre un recurs determinat. Convé destacar:

- a)** En la **Resolució del 4 de juny de 2008** (vigent, per tant, la Llei de 2005 del Parlament de Catalunya), es tractava d'una escriptura d'acceptació i adjudicació d'un llegat pel legatari d'una finca radicada en una altra comunitat (a Fraga, Osca), tenint en compte que la successió es regia per la legislació foral catalana i que, d'acord amb l'**art. 271** del Codi de successions, no era necessària la intervenció dels hereus. La DGRN resol que és competent per resoldre sobre el recurs, doncs, encara que versí sobre una successió subjecta a la legislació civil catalana, la finca i el Registre radiquen fora de Catalunya.
- b)** En el supòsit contemplat per la **Resolució del 14 de juny de 2011**, s'afirma pel Centre Directiu que, quan les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin, de manera exclusiva, en normes de Dret català o en la seva infracció, el Registrador haurà de remetre l'expedient format a la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya, fins i tot si s'han interposat davant de la

Direcció General dels Registres i del Notariat; per contra, quan la qualificació impugnada o els recursos es fonamentin, a més o exclusivament, en altres normes o motius aliens al Dret català, el Registrador haurà de donar al recurs la tramitació prevista en la Llei hipotecària i remetre l'expedient format a la Direcció General dels Registres i del Notariat, en compliment de l'art. 327 de la Llei hipotecària, ja que la matèria objecte de debat incloïa, en el cas examinat, qüestions relatives a l'ordenació dels registres i instruments públics i a la interpretació de l'eficàcia de les condicions suspensives dels contractes en relació amb el seu accés al Registre de la Propietat, que són qüestions reservades a la competència exclusiva de l'Estat, d'acord amb l'art. 149.1.8a CE (cfr. Resolució del 18 de juny de 2004).

- c)** La **Resolució del 10 de novembre de 2011** tractava sobre el cas d'una causant, de veïnatge civil català, que mort intestada, sense fills ni descendents, però amb marit, que mor una setmana després. Els germans de la causant aconsegueixen obtenir judicialment la declaració d'hereus al seu favor i atorgar escriptura d'acceptació d'herència. El Registrador suspèn la inscripció, assenyalant que, d'acord amb el Dret successori català, l'hereu abintestat és el cònjuge supervivent i no els germans de la causant, per la qual cosa l'escriptura només seria inscriptible prèvia renúncia de l'hereu legal (el cònjuge supervivent) i, atès que ha mort, la dels seus hereus («*ius transmissionis*»). La DGRN confirma la qualificació i, prèviament, es declara competent per conèixer del recurs, perquè la *ratio decidendi* del mateix no radica en el Dret català, sinó en el Dret registral: l'abast de la qualificació en els documents judicials.

S'estableix una *vis atractiva* a favor de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

- d)** La **Resolució del 26 d'abril de 2012** versa sobre una escriptura de venda



d'una habitatge usat que es destinarà a ser rehabilitat, acompanyada d'un «informe» no visat, si bé el Notari dona fe expressa que li consten el càrrec, la signatura i la identitat de l'arquitecte que el subscriu (per confrontació amb altres del seu protocol); el Registrador qualifica negativament per falta el visat col·legial, d'acord amb a l'art. 31 del Reial decret 327/2002, del 5 d'abril, que justifiqui la identitat i habilitació professional de l'autor de l'informe, i invoca també l'analogia amb el disposat per a les obres noves als arts. 49 i 50 del Reial decret 1093/1997, del 4 de juliol.

Reitera el Centre Directiu que, quan les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin, de manera exclusiva, en normes de Dret català o en la seva infracció, els registradors hauran de remetre l'expedient format a la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya, fins i tot si s'han interposat davant de la Direcció General dels Registres i del Notariat. I que, per contra, quan la qualificació impugnada o els recurs es fonamentin, a més o exclusivament, en altres normes o motius aliens al Dret català, com és el cas, el Registrador haurà de donar al recurs la tramitació prevista en la Llei hipotecària i remetre l'expedient format a la Direcció General dels Registres i del Notariat, en compliment de l'art. 327 de la Llei hipotecària. Crida, a més, l'atenció al Registrador en formar l'expedient del recurs, doncs la matèria objecte de debat (necessitat o no de visat de les certificacions del tècnic certificant) era aliena al Dret català, en estar regulada per disposicions d'àmbit estatal.

- e) La **Resolució del 5 de març de 2014** gira al voltant d'un cas que, més que una impugnació de la qualificació, doncs no s'impugnava pel que fa al fons, es tracta d'una queixa sobre la forma de procedir en exercir la funció qualificadora, ja que el Notari al·legava que no s'havia produït una qualificació global i unitària, i la DGRN no jutjava acceptable la pretensió del recurrent d'aconseguir la inscripció del títol la condició de defectuos del qual no negava el recurrent, doncs ni dirigia el recurs contra

el fons de la qualificació, ni consta en aquest moment haver interposat recurs contra el defecte observat davant de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya, que seria competent en versar sobre Dret civil català.

- f) Hi ha una línia constant seguida pel Centre Directiu en les seves resolucions a l'hora de resoldre els recursos contra qualificacions basades en la possible infracció de normes urbanístiques (pensem que l'urbanisme, en gran part, és de competència autonòmica), de la qual és exemple, per citar una de molt recent, la **Resolució del 4 de març de 2014**, quan assenyalava que correspon a les comunitats autònomes (en aquest cas, a la de Galícia) determinar quina classe d'actes de naturalesa urbanística estan sotmesos al requisit de l'obtenció de la llicència prèvia, les limitacions que aquestes poden imposar i les sancions administratives que ha de comportar la realització d'aquests actes sense l'oportuna llicència o sense respectar els límits imposats per aquestes, així com la fixació dels terminis de prescripció de les accions de disciplina urbanística o la seva imprescriptibilitat. No obstant això, correspon a l'Estat establir en quins casos ha d'acreditar-se l'atorgament de la llicència oportuna (o els requisits per poder accedir al Registre de la Propietat les declaracions d'obres referents a edificacions consolidades per la seva antiguitat) perquè l'acte en qüestió tingui accés al Registre (cfr. Resolució del 22 d'abril de 2005, del 4 de maig de 2011 i del 8 de maig de 2012), i la doctrina constitucional diu que en virtut del que es disposa a l'art. 149.1.8a CE, és competència de l'Estat, en matèria urbanística, establir quins actes són inscriptibles al Registre de la Propietat i subjectar-ne la inscripció al compliment previ de certs requisits.

No obstant això, i en molts casos, les resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya s'han basat en l'aplicació de normes urbanístiques (citaríem, per exemple, les del 24 de novembre de 2010, 27 de desembre de 2011 i 13 d'abril de 2012) o en legislació especial (cas de la del 28

de febrer de 2014, respecte de la Llei de l'habitatge).

Quan les qualificacions impugnades es fonamentin, de manera exclusiva, en normes de Dret català, hauran de remetre l'expedient a la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya

He reduït la ressenya de resolucions de la DGRN a les anteriors ateses les limitacions d'aquest treball, tot i que no deixa d'oferir interès també el cas que va examinar la **Resolució del 27 de juny de 2006**, relativa a la declaració d'obra nova d'un habitatge «entre mitgeres». El Registrador va denegar la inscripció de l'escriptura i d'aquesta expressió, doncs entenia que fa referència a un dret real de mitgeria regulat per la legislació catalana, que no s'ha constituït degudament i que, de practicar la inscripció tal com es descriu, seria una menció indeguda de dret real (com a dada curiosa, va oferir la possibilitat d'inscriure sempre i quan l'interessat renunciï a que es transcrivís aquesta expressió). El Notari recorre davant la DGRN, entenent que no és una qüestió de Dret català, sinó una mera qüestió sobre com practicar la inscripció, i, pel que fa al fons, que l'expressió «entre mitgeres» és un terme emprat pel tècnic que no fa referència a cap dret real de mitgeria, sinó només a un fet descriptiu de l'edificació sense transcendència jurídica.

El Registrador va remetre l'expedient a la DGRN i, simultàniament, a l'organisme competent de la Generalitat de Catalunya per resoldre els recursos. La DGRN acull la posició jurídica del Notari, considerant que la interpretació d'aquesta expressió pel Registrador no és correcta, doncs és un terme administratiu habitual que fa referència al fet que l'habitatge està envoltat d'altres edificacions, tenint únicament lliure la façana, qüestió que no té res a veure amb la mitgeria, atès que aquí no ha de discutir-se sobre l'aplicació de cap norma substantiva, sinó, exclusivament, sobre les dades descriptives de les finques que poden figurar al Registre



de la Propietat, més concretament, la referència «*entre mitgeres*», que apareix en el text de llicència municipal i en la descripció de la finca que figura al certificat del tècnic, i que es trasllada després al text de l'escriptura. Per això, ordena la inscripció i retreu al Registrador que hagi remès l'expedient als dos organismes alhora ja que el Notari va recórrer davant la DGRN, per la qual cosa hauria d'haver-se limitat a elevar o traslladar el recurs davant d'aquest organisme i, si escaigués, la DGRN s'hauria declarat incompetent i hauria remès l'expedient a la Generalitat. En cap cas és competència del Registrador decidir la competència entre organismes per al recurs i, per això, ha de limitar-se a enviar el recurs a l'òrgan davant del qual es recorre. Curiosament, i com el recurs va arribar també a la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya, aquesta, en **Resolució del 21 d'agost** del mateix any, va decidir igualment a favor del recurrent revocant la nota, si bé afirma la seva competència per resoldre el cas (en vista de la Llei de 2005), atès que l'objecte debatut se centra en determinar si a l'expressió «*entre mitgeres*» continguda en l'escriptura de declaració d'obra se li ha de donar el significat precís del llavors vigent art. 27 de la Llei de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge, o bé es tracta d'una dada merament descriptiva, qüestió que —va entendre— afectava plenament el Dret català.

Com veiem, les peces del trencaclosques no encaixaven i em temo que, fins i tot amb la Sentència del Tribunal Constitucional, trigarem temps en aconseguir un encaix mínimament raonable que permeti donar solució al veritable problema que segueix estant sobre la taula: els dubtes que segueixen estant presents per determinar la competència per conèixer del recurs en un bon nombre de casos.

III. CONCLUSIONS PRÀCTIQUES A EXTREURE DE TOT EL QUE S'HA EXPOSAT

1.— Segueix estant totalment clar que la competència de la Generalitat per **conèixer d'un eventual recurs contra una qualificació registral té, com a pressupòsit necessari, que aquesta qualificació emani d'un Registre demarcat a Catalunya, sigui quin sigui el Dret o la**

normativa en què es basi la qualificació negativa que es recorri.

2.— **La Sentència del Tribunal Constitucional** (la doctrina de la qual, sens dubte, ens pot servir de guia per donar solució a altres qüestions dubtoses, com veurem a continuació) **veda per complet la possible aplicació de la regla d'acumulació que proclamava l'article anul·lat en part**, doncs la competència estatutàriament assumida per la Comunitat Autònoma de Catalunya per resoldre aquests recursos governatius se circumscriu estrictament a la «*qualificació dels títols o les clàusules concretes en matèria de Dret català*», expressió aquesta última que, al meu parer, no és traduïble a Dret civil català, doncs resulta evident (almenys per a mi) que compren altres matèries com la legislació urbanística emanada del Parlament, dins del marc competencial, o altres lleis especials, cas, per exemple, de la Llei de l'habitatge.

3.— Partint, doncs, del fet que no existeix *vis atractiva* a favor de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya i del fet que no cap acumulació quan hi ha diversos recurrents, doncs excedeix la competència autonòmica per resoldre recursos governatius, **el que cal plantejar ara és què succeeix** (en resum, qui és competent per resoldre) **quan en la qualificació es posin en relleu defectes basats en la infracció de Dret material (català, en aquest cas) i de Dret registral**. Donant un pas més, hem de plantejar-nos, dins de les infraccions de dret material, què succeirà quan la nota es basi en la infracció de normes de Dret català i de Dret comú i/o de legislacions emanades de comunitats autònomes amb competència legislativa en matèria civil.

Doncs bé, com la qüestió sembla aparentment irresoluble, i malgrat que el Tribunal Constitucional no va poder entrar a enjudiciar la constitucionalitat dels arts. 1 i 3.3 de la Llei, jo diria que, si s'al·legués a la nota a recórrer la infracció de diversos ordres normatius, **la pista per intentar resoldre l'embolic ens la dona la DGRN en una de les resolucions que he citat al principi, de manera que, quan la *ratio decidendi* del recurs radiqui exclusivament en el Dret català, la competència serà de la Generalitat, fins i tot quan pugui al·legar-se a la**

nota alguna infracció del Dret registral que no assoleixi aquesta entitat de *ratio decidendi*; de tenir-la (pensem, per exemple, en obstacles que sorgeixin del Registre o qüestions que afectin la pròpia essència de la funció qualificadora, com l'extensió o els límits), **la competència, al meu parer, seria de la DGRN, doncs el defecte no es basaria exclusivament en la infracció del Dret català.**

Quan la *ratio decidendi* del recurs radiqui exclusivament en el Dret català, la competència serà de la Generalitat

Per contra, **si la *ratio decidendi* del recurs es basa en el Dret comú o en el registral**, tal com he argumentat abans, **o bé concorre també infracció de precepte d'altres ordenaments aliens al Dret català, la competència**, per la mateixa raó d'exclusivitat abans exposada, **l'ostentaria la DGRN**, encara que hi hagués algun precepte de Dret català que també s'estimés infringit en la qualificació.

4.— Respecte de la proclamada adequació a la Carta Magna de l'art. 7.2 de la Llei catalana, no em resisteixo a realitzar unes consideracions estrictament personals. Començaré dient que **l'antecedent del precepte pot trobar-se a l'art. 103 de la Llei 24/2001**, el qual preveu que el Consell General del Notariat i el Col·legi de Registradors de la Propietat i Mercantils podran elevar consulta a la Direcció General dels Registres i del Notariat respecte d'aquells actes o negocis susceptibles d'inscripció en qualsevol dels registres al seu càrrec, i que les consultes evacuades d'acord amb el que es disposa en aquest article seran vinculants per a tots els notaris i registradors de la propietat i mercantils, que hauran d'ajustar la interpretació i aplicació que facin de l'ordenament al contingut de les mateixes. **El corol·lari d'aquest precepte és que per als registradors constitueix falta greu l'incompliment i la manca d'obediència a les instruccions i resolucions de caràcter vinculant de la Direcció General dels Registres i del Notariat**, així com la falta de respecte o menyspreu cap a aquest Centre Directiu. **Per als no-**



taris també constitueix falta greu l'incompliment i la manca d'obediència a les instruccions i resolucions de caràcter vinculant de la Direcció General dels Registres i del Notariat, així com la falta de respecte o menyspreu cap a aquest Centre Directiu.

La impossibilitat que l'incompliment d'aquestes resolucions emanades de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya derivi en conseqüències disciplinàries no passa desapercebuda per a l'Alt Tribunal, quan ens diu que la legislació estatal aplicable circumscriu, per tant, amb tota nitidesa, les conseqüències disciplinàries a la relació amb la Direcció General dels Registres i del Notariat, nota característica de la dependència jeràrquica, i com el Dret punitiu està sotmès estrictament a l'exigència de predeterminació normativa i, amb això, al principi de tipicitat, estan vedades la interpretació extensiva i l'analogia *in malam partem* (STC 90/2012, del 7 de maig, FJ 4, i les que s'hi esmenten). I afegeix: «**Es podrà discutir si aquesta circumstància priva les respostes de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de força vinculant efectiva, o les redueix a una funció eminentment doctrinal, tot i que tampoc podem ignorar que tots els poders públics estan subjectes a la Constitució i a la resta de l'Ordenament jurídic (art. 9.1 CE), i que tots els òrgans de l'Administració pública actuen amb sotmetiment ple a la llei i al Dret (art. 103.1 CE). No és ociós, doncs, indicar que, en la condició de funcionaris públics, els notaris i registradors**

formen part d'aquesta esfera d'especial subjecció —per descomptat, comprensiva de la legislació legítimament dictada per les comunitats autònomes en l'exercici de les seves competències estatutàries— a conseqüència directa de principis constitucionals que transcendeixen el seu reflex en l'exercici de la potestat disciplinària».

En resum, i per a concloure, **encara que no s'albiri responsabilitat disciplinària exigible, si que hem de sentir-nos**

obligats a complir-les activament, és a dir, i essent fidels a les nostres millors tradicions, generant amb la nostra pràctica i amb les nostres aportacions doctrinals un estat d'opinió que les inspire i informi, doncs no oblidem que moltes de les normes avui plasmades al Codi Civil de Catalunya van sorgir de la pràctica notarial i de l'estudi, per part del Notari, del que algú encertadament va anomenar *Dret viu*.

Aquesta ha de ser la nostra norma de conducta o el nostre repte.



Les ensenyances de la clàusula sòl



Juan Gómez Martínez
Notari de Sabadell

Aquest no és el fòrum adequat per fer una anàlisi tècnica de les **sorprenents resolucions i disposicions que**, durant els darrers mesos, **han tingut per objecte les anomenades clàusules sòl dels préstecs hipotecaris**. N'hi ha prou amb fer-ne una mera enumeració per poder entendre el **desconcert** que ha envaït el nostre cos i per concloure que **alguna cosa s'ha fet malament**.

Després de la sentència sobre clàusules abusives dels préstecs hipotecaris que va dictar el Tribunal de Justícia de la Unió Europea el març de 2013, esperàvem amb certa expectació la resolució del nostre **Tribunal Suprem** sobre les clàusules sòl. I la **sentència es va dictar (9 de maig de 2013)**. Una sentència que podem qualificar de «florentina». **Tan complexa i alambinada que va necessitar un aclariment**

immediat del mateix Tribunal el mes següent. En aquesta sentència (i el seu aclariment), s'establia l'obligació d'eliminar (i de no seguir utilitzant) determinades clàusules sòl per la seva forma i el seu contingut enganyosos per al consumidor.

Immediatament (i forçat per la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de març), el Govern va publicar la **Llei** (sarcàstica i ampul·losament titulada «de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris...») **de 14 de maig, en la qual es declarava la licitud de les clàusules sòl**. Per a la «tranquil·litat» de tothom, es va establir l'obligació d'incloure el (si més no) pintoresc **manuscrit del deutor hipotecari**. El Banc d'Espanya va publicar, el juliol, el text que havia de contenir el manuscrit, el qual, errors a part, és **més opac que les mateixes clàusules que pretén fer transparents**.

Tot el procés ha fet palès que es tracta d'un problema que afecta molt directament els ciutadans, en què **cap dels poders públics ha estat a l'alçada d'allò que se n'ha d'esperar**.

El Tribunal Suprem no s'atreveix a fer cap declaració genèrica d'abusivitat de la clàusula (que en la majoria dels casos ho és, almenys per falta de negociació individualitzada), sinó que **limita la seva resolució a determinades clàusules de tres entitats** i, a més, es treu de la màniga una **irretroactivitat dels efectes de la nul·litat que és, encara que siguin benèvols, sorprenent**. De passada direm que ja hi ha diverses resolucions de tribunals inferiors que fan pujar els colors al seu òrgan superior i apliquen els efectes retroactius a la nul·litat amb el simple argument que, on hi ha una norma legal,



no es pot aplicar una doctrina jurisdiccional contrària a aquesta.

El Tribunal Suprem no s'atreveix a fer cap declaració genèrica d'abusivitat de la clàusula, sinó que limita la seva resolució a determinades clàusules de tres entitats

El Govern, per la seva banda, després de donar carta de naturalesa a la clàusula sòl, mira de salvar la cara amb l'**absurd requisit del manuscrit**, solució que, a més d'implicar una desconfiança injustificada en la nostra tasca, és inútil, complexa i poc meditada.

El Banc d'Espanya es deixa portar pel corrent contemporitzador i redacta el text del manuscrit amb un error de pàrvuls respecte al que és *tipus de referència*, i amb una complexitat en els termes que supera àmpliament la complexitat de què la sentència acusa les clàusules de les entitats de crèdit.

I el Notariat? El cert és que **tant la sentència del Tribunal Suprem com la Llei del Govern posen en dubte la nostra actuació**, i semblen acusar-nos de falta de rigor en el compliment de la nostra obligació d'informar els atorgants de l'abast de les obligacions que assumien en firmar les seves hipoteques. No cal que insisteixi en com n'han estat de doloroses



per a la gran majoria de nosaltres aquestes insinuacions, per no dir acusacions, i la desconfiança que impliquen aquests pronunciaments. Doloroses per a nosaltres i nocives per a la nostra funció.

No obstant això, hem pogut comprovar com, arran de l'enrenou causat per la situació crítica de molts deutors hipotecaris i per la successió de disposicions i resolucions, han augmentat l'interès i la preocupació dels ciutadans pel tema de la clàusula sòl.

A què és degut? Quin és el mecanisme que ha posat en marxa la consciència ciutadana de l'abús? Per descomptat, **aquest increment de la preocupació del deutor per conèixer i reivindicar els seus drets** no ve motivat per les múltiples disposicions legals sobre transparència i protecció de consumidors dictades des de fa ja dècades pels diferents òrgans administratius; tampoc ho podem imputar als extravagants documents que antecedeixen o segueixen la contractació d'una hipoteca (ni ofertes vinculants, ni FIPER, ni TAE, ni manuscrits no han servit de res).

Res de tot el que s'ha fet no ha tingut ni una mínima part de la rellevància que sí que ha tingut la **llum pública sobre el problema** i el seu trasllat als mitjans de comunicació i opinió. D'això n'hem de treure una lliçó.

La nostra funció troba la seva justificació en la utilitat que d'aquesta se'n pugui derivar per a la societat. Dins d'aquesta utilitat hi ha, evidentment, la **seguretat jurídica**, però, a més (o, millor dit, com a part d'aquesta), la **protecció dels drets dels consumidors davant la posició dominant dels grans operadors econòmics**. És allò que les nostres millors plomes han anomenat *imparcialitat qualificada*.

Aquesta protecció dels drets dels qui no disposen dels mitjans ni de la informació necessària per dur-la a terme **s'ha de fer a través d'instruments jurídics eficaços i coherents**. Però és clar que, en els nostres temps, aquesta tasca tècnica s'ha de complementar amb un eficient trasllat de la informació a la ciutadania.

Més enllà de les declaracions d'intenció genèriques, voldria aprofitar aquesta tribuna que se'm ofereix per fer propostes concretes.

Per ser útil als nostres conciutadans, **el Notariat**, i al capdavant els seus òrgans directius, **ha d'articular mecanismes per detectar quines són les disfuncions del sistema, quins temes afecten realment les persones, les famílies i també (per què no?) les empreses, i donar-los la publicitat suficient** per tal que, qui correspongui, els abordi i els solucioni. Si no és pels nostres arguments manifestats a través dels mitjans tradicionals, que sigui per la pressió de la consciència ciutadana. **La societat ha de veure el Notariat com una institució que defensa qui està menys protegit**, qui no pot accedir a la informació, cada cop més complexa, que es necessita per operar en el món econòmic dominat pels grans operadors.

Sabem que cada un de nosaltres, als nostres despatxos, estem limitats en aquesta tasca. Tots, per l'àmbit restringit a què pot arribar la nostra influència; molts, per la dependència que tenim d'algunes entitats poderoses, i alguns, per la falta de ganes, de professionalitat o de convicció.

La societat ha de veure el Notariat com una institució que defensa qui està menys protegit, qui no pot accedir a la informació

El que proposo és que saltem d'aquest àmbit i **ens alineem públicament amb l'interès de la ciutadania**. Si se'ns percep com un baluard de defensa dels drets dels ciutadans, no haurem de tenir aquest temor, que ara sembla torturar-nos, a represàlies dels poders públics, a canvis capritxosos i perjudicials de les persones i dels criteris d'aquells que ens governen. Els darrers temps ens han demostrat la dificultat de fer entendre als poders públics l'essencial que és la nostra funció, i han acreditat també la voluntat dels nostres governants. Crec que **l'arma més poderosa de què podem disposar** per conservar les bondats de la nostra funció **és la de l'opinió pública**: que la «gent» percebi que som un fre per als abusos (que ho som, sens dubte). Si aquests estan de part nostra, els altres no s'atreviran a destruir, ni a danyar, ni a limitar la nostra funció.



«Amb els notaris i els registradors, tenim un sistema de seguretat jurídica preventiva difícilment millorable»

José Manuel Sieira Míguez

President de la Sala Tercera, del Contenciós Administratiu, del Tribunal Suprem

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Blanca Vielva Gómez

José Manuel Sieira Míguez (La Corunya, 1947) va ingressar a la carrera judicial l'any 1972. Després de sis anys d'exercici com a Jutge, va tenir diversos càrrecs en governs successius: primer, al Ministeri de Treball; després, com a Governador Civil de Granada (1980-1982) i, a continuació, al Ministeri de Justícia. L'any 1984 va passar a formar part del Cos d'Advocats de l'Estat. El 1994 va ser nomenat Magistrat del Tribunal Suprem, on va presidir la Secció Sisena.

Des del juny de 2010, presideix la Sala Tercera, del Contenciós Administratiu, de l'Alt Tribunal, que compta amb el major nombre de magistrats i personal auxiliar al seu servei.



Entrevistes

P: Sou membre del Tribunal Suprem des de 1994 i presidíu la Sala Tercera des de juny de 2010. Quin balanç feu d'aquests gairebé quatre anys com a President de la Sala?

R: L'experiència d'aquests darrers anys és francament molt bona. Quan vaig prendre possessió, el juny de 2010, la Sala havia iniciat un pla d'actualització, però la situació no era excessivament bona. Teníem uns deu mil assumptes pendents de sentència, sense comptar els que estaven pendents d'admissió. Avui la xifra és d'uns quatre mil, que és aproximadament el que el Tribunal pot resoldre en un any. Som uns trenta magistrats, sis dels quals emèrits, i, calculant una xifra de cent sentències a l'any per Magistrat, són tres-centes seixanta sentències a l'any. Això vol dir que ens permet resoldre qualsevol assumpte que entri a la Sala en un termini d'un any o un any i un mes. Crec que això és estar al dia. La situació se'n pot complicar, perquè en els dos últims mesos hem notat un increment del nombre de recursos, no sé si a conseqüència de l'evolució de la situació econòmica. Les xifres encara no són indicatives, però, si es manté la tendència, al final tindriem una xifra d'uns set-cents assumptes ingressats més, fet que faria necessari tenir una mica més de recolzament del que tenim ara al gabinet.

P: Quins són els principals objectius acomplerts i quins els reptes actuals?

R: El principal objectiu acomplert és l'actualització de la Sala, i ara el repte és mantenir la situació.

P: La creació del gabinet tècnic és el que ha fet possible la posada al dia?

R: Amb l'anterior Govern, es va crear un gabinet molt potent per aconseguir l'actualització de la Sala, en el qual hi havia vint-i-cinc magistrats i quaranta-cinc lletrats. Això ens va permetre establir un sistema de treball diferent i que els magistrats poguessin treure un nombre major de sentències. Es van constituir grups de treball d'un Magistrat amb dos lletrats, que estudiaven els assumptes, els preparaven i en retien compte al Ma-

gistrat, dinàmica que permetia agilitar el sistema de treball. Aquest gabinet es va reduir, el juny de 2013, a una xifra avui molt escassa, de cinc magistrats i divuit lletrats, molt justos i gairebé insuficients. He demanat al nou President un petit increment de fins a nou magistrats i vint-i-set lletrats, que és la xifra que nosaltres calculem necessària per mantenir la Sala en la situació actual. Però, en definitiva, el resultat fins ara és positiu. No hi ha raons per ser pessimistes i crec que podrem mantenir aquesta situació en el futur.

P: El pla d'actualització tindrà continuïtat?

R: El pla té continuïtat amb un gabinet, com deia, molt més reduït i que necessitaria un petit increment. Però, a més, també cal modernitzar el sistema de treball. Quan vaig arribar al Tribunal, era un sistema molt tradicional, del segle passat: els magistrats agafaven els seus assumptes, se'ls emportaven a casa, els estudiaven, venien el dia de deliberació, se'n donava compte, el Magistrat redactava la sentència a mà... Cal actualitzar el sistema de treball amb equips que ajudin el Magistrat a treballar, preparant documentació, antecedents, bibliografia, que sàpiguen establir quin és el tema objecte de debat en el recurs de cassació, etcètera. Tot això perquè el Magistrat, amb aquestes dades, pugui assenyalar als lletrats les directrius, per on s'ha d'anar aprofundint, i elaborar així un projecte de sentència que després el Magistrat revisarà. I amb aquest projecte elaborat, es ret compte a la Sala, es discuteix, s'aprova o no, es fan modificacions... Tot això ha de permetre agilitar el treball dels magistrats. I això només s'aconsegueix amb un gabinet de recolzament, que és com treballen actualment els grans despatxos jurídics i els grans tribunals.

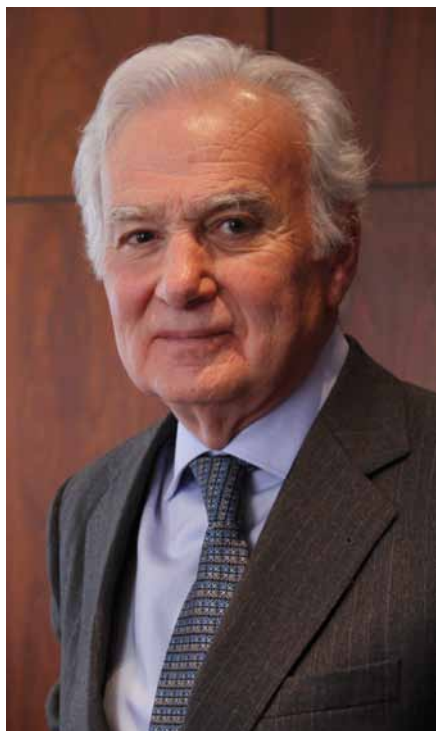
P: Com s'ha de reforçar el gabinet, com demana, en l'actual context de crisi en què tot són ajustos i retallades?

R: Quan vaig parlar amb el Ministre Caamaño de la necessitat de crear un gabinet que permetés canviar el sistema de treball i posar al dia la Sala, vaig utilitzar un argument que va convèncer el Ministre en aquell moment i que crec

que és absolutament cert: permetre que el Tribunal Suprem i la Justícia en general funcionin amb aquesta rapidesa i amb aquesta immediatesa de la qual parlàvem abans, per donar resposta als problemes del ciutadà d'una manera relativament ràpida, no és quelcom costós per al Govern, sinó absolutament rentable. És rentable i els fets ho han demostrat. Quan nosaltres vam posar al dia la Sala, la rendibilitat econòmica es va poder veure des de diverses perspectives: una, directament des de l'ingrés al Tresor. Fins aleshores, estàvem resolent recursos en temes fiscals amb quatre o cinc anys de retard, i avui estem resolent recursos de l'any 2012. Això va suposar uns ingressos al Tresor de prop de 400 o 500 milions d'euros en molt poc temps. No voldria que se m'interpretés malament: ni el Tribunal Suprem ni cap tribunal contenciós ha de funcionar, en temes fiscals, com un òrgan recaptador. Però el que sí és cert és que la ràpida resolució dels temes en matèria fiscal suposa, d'una banda, uns ingressos per al Tresor i, de l'altra, alliberar una quantitat important de cabals per al ciutadà particular i per a les empreses. L'empresa que té pendent un litigi amb l'Estat en matèria fiscal té unes quantitats bloquejades o semibloquejades de les quals no pot disposar. Si es resolen els seus recursos en matèria fiscal de manera ràpida, un guanya i un altre perd, però això allibera gran quantitat de recursos tant en el sector privat com en el públic. I això fa que el finançament dels tribunals, la dotació de mitjans perquè puguin resoldre amb rapidesa, al final sigui rendible per a tota la societat.

El principal objectiu acomplert és l'actualització de la Sala tercera. El repte és mantenir-la

D'altra banda, la rendibilitat es mesura també en termes de seguretat jurídica. Avui estem parlant de la necessitat de recórrer a l'arbitratge privat, per exemple. Si això s'aconsegueix des de l'Administració, la inversió que cal realitzar és molt petita en relació amb els beneficis que s'obtenen. Si fas els comptes del cost mensual de vint-i-cinc magistrats i quaranta-cinc lletrats, a una mitjana de 3.000 o 4.000 euros per Ma-



gistrat i 3.000 euros per Lletrat, a final d'any estarem parlant de quantitats mínimes en relació amb la rendibilitat obtinguda. Per això, com ja he dit algun cop, la despesa en Justícia no és una despesa, sinó una inversió, i estic totalment convençut que és així.

P: Una Justícia lenta no és Justícia?

R: És veritat que si la Justícia és lenta, no és Justícia. El que passa és que no es pot demanar una Justícia amb garanties que sigui excessivament ràpida. És a dir, si hom vol les garanties necessàries, la possibilitat que existeixi recurs durant la tramitació, la Justícia no pot ser molt ràpida, perquè els terminis mínims de tramitació que estableix la llei són de cinc o sis mesos, i això no es pot escurçar. És a dir, la Justícia ha de ser ràpida, però ha de tenir garanties. D'altra banda, cal diferenciar que, quan parlem de Justícia ràpida, estem parlant de la juridicitat, i una cosa és la instància i una altra, la cassació. Hem d'entendre que un tribunal de cassació és un tribunal molt especial. És un tribunal on el que es revisa és la correcta aplicació de l'ordenament jurídic; no tant el cas concret, sinó la correcta interpretació dels preceptes que la part considera que s'han infringit. De manera que,

si hi hagués altres raons per cassar una sentència diferents de les citades per la part, nosaltres no hi podem entrar. Hem de limitar-nos al precepte que considera infringit la part que recorre en cassació, i això fa que el Tribunal Suprem sigui un tribunal molt diferent. D'altra banda, la tutela està atorgada un cop que hi ha una sentència d'instància, i molt més quan hi ha una sentència d'apel·lació (encara que no és el cas del contenciós perquè les sentències d'apel·lació no arriben al Tribunal Suprem). Amb això vull dir que, quan es recorre al Tribunal Suprem, no se li ha d'exigir la mateixa urgència que es pot exigir en un tribunal d'instància, perquè la garantia de la tutela judicial ja està atorgada. La feina del Tribunal Suprem, com a depurador de l'ordenament jurídic, ha de ser una feina reposada, de molt estudi, molt delicada, on si es corre massa o si es té el risc que tenim actualment d'un excés d'assumptes per Magistrat, aquesta feina de depuració detallada i minuciosa és molt més complicada de fer.

P: Quantes sentències es dicten a l'any actualment?

R: Un Magistrat de la Sala contenciós dicta cent sentències a l'any, però hem arribat a dictar-ne fins i tot més. Actualment fem dues sentències per Magistrat a la setmana (quan vaig arribar, se'n feien quatre) i això no permet un estudi reposat. Cal tenir en compte que en una secció, com a mínim, som cinc, i en algunes seccions, com la fiscal o la d'expropiacions, són set o vuit magistrats. Si es deliberen quatre assumptes per set magistrats, són vint-i-vuit assumptes per deliberar. Deliberar vint-i-vuit assumptes d'una manera reposada exigeix molt de temps i, després, cal estudiar-los i s'ha de redactar la sentència. Qualsevol tribunal europeu de cassació dicta un nombre de sentències molt inferior al nostre; podem parlar de trenta o quaranta sentències a l'any. El mateix Tribunal Constitucional, per exemple, dicta moltíssimes menys sentències que nosaltres. Per tant, crec que un termini de resposta d'un any és més que raonable i, probablement, el que s'hauria d'estudiar és una reforma de la cassació que permetés que al Tribunal Suprem arribessin assumptes veritablement importants i que la feina del Tribunal Suprem de depuració de l'ordenament es pogués fer de manera im-

mediata, en el sentit que es pugui fer sobre les lleis noves, sobre la normativa nova, sobre els problemes jurídics que no han estat resolts encara pel Tribunal, evitant que ens arribin assumptes reiteratius i que se'ns plantegin debats jurídics que ja han estat resolts en altres estaments, perquè això desvirtua la funció del Tribunal.

P: Les vies alternatives de resolució de conflictes, com la mediació i l'arbitratge, són una bona sortida al col·lapse judicial?

R: Crec que és bo que els conflictes es resolguin sense la necessitat de recórrer als tribunals. Per tant, l'arbitratge i la mediació són una bona solució. No tot es pot judicialitzar. Han d'arribar als tribunals els assumptes que no es puguin resoldre de cap altra manera pacífica entre els ciutadans, i tant la mediació com l'arbitratge són vies efectives i complementàries eficaçes. No obstant això, hem d'evitar un risc, que és una certa privatització de la Justícia, és a dir, establir una doble Justícia, una per a rics i una altra per a pobres, en el sentit que l'arbitratge i la mediació, al final, són procediments més costosos per a les parts que el poder judicial.

La despesa en Justícia no és una despesa, sinó una inversió

P: Recentment, el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional han acordat estrènyer la seva col·laboració en determinats àmbits. En què consistirà aquesta col·laboració i com valora l'actual relació entre el dos tribunals?

R: Vam tenir una reunió amb el Tribunal Constitucional a iniciativa del nou President del Tribunal Suprem. Crec que el Constitucional i el Suprem tenen els terrenys perfectament marcats i diferenciats. El Tribunal Suprem és l'òrgan superior en tots els òrgans jurisdiccionals, excepte en matèria constitucional, i el Tribunal Constitucional té com a camp l'àmbit de la Constitució. Les friccions són inevitables perquè, efectivament, al Tribunal Constitucional se li pot plantejar la dificultat de resoldre conflictes constitucionals sense, de vegades, entrar en la



Entrevistes

legalitat ordinària. Però el cert és que la legalitat ordinària és una competència exclusiva dels tribunals ordinaris. És a dir, el Tribunal Constitucional ha d'esforçar-se a respectar la interpretació que de la legalitat ordinària fan els tribunals ordinaris i, sobre aquesta interpretació, decidir si la norma és o no constitucional. Alhora, els tribunals ordinaris han de respectar la doctrina del Tribunal Constitucional no només en qüestions d'inconstitucionalitat, quelcom evident, sinó, sobretot, en matèria d'interpretació dels drets fonamentals, que és on resideix fonamentalment el conflicte (és a dir, en els recursos d'empara).

P: En aquest sentit, com valoreu la flexibilització de la via de l'empara?

R: És veritat que la via de l'empara s'ha flexibilitzat, s'ha suavitzat, doncs s'ha creat la possibilitat de revisió o de reconsideració sobre la possible lesió d'un dret fonamental en els tribunals ordinaris prèvia al Tribunal Constitucional. I és veritat que el Tribunal Constitucional també ha limitat o ha reduït la possibilitat d'accedir-hi, atès que en aquelles qüestions que ja han estat interpretades i resoltes pel Tribunal és molt difícil que aquest n'admeti l'empara. A la reunió, precisament, es va parlar de defensar alguna via nova, perquè la de la possibilitat de reconsideració que comento, en realitat, no ha estat gaire pràctica: ha generat un increment de feina als tribunals ordinaris i, en canvi, no ha reduït el nombre de recursos d'empara que es presenten davant del Constitucional, tot i que després el Constitucional n'admeti menys dels que admetia. I també es va parlar d'una possibilitat sobre la qual cal aprofundir i que cal estudiar, que és que el recurs d'empara es pugui plantejar davant del Tribunal Suprem o davant del Constitucional. Evidentment, no és la mateixa empara, és a dir, que el recurs d'empara vagi al Tribunal Constitucional en assumptes que tenen rellevància constitucional i sempre que encara no s'hagi pronunciat sobre aquests temes, i que quan es tracti d'empara sobre qüestions ja resoltes (el que anomenem *empara subjectiva*) es quedi al Suprem. Però amb la condició que són vies alternatives, és a dir, que si s'opta per l'empara davant del Tribunal Suprem, no es pugui recórrer després al Constitucional i viceversa, perquè, en cas contrari, el

que estariem fent seria duplicar la instància i el resultat seria encara pitjor del que tenim ara.

La Justícia ha de ser ràpida, però ha de tenir garanties. Un termini de resposta d'un any és més que raonable. El que cal estudiar és una reforma de la cassació

En definitiva, el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional estem en aquesta via de col·laboració, amb la predisposició uns i altres de col·laborar i trobar vies d'apropament, i jo espero que tiri endavant. S'ha creat una Comissió per seguir els incidents que puguin sorgir entre els

dos tribunals, que estarà encapçalada pels vicepresidents dels dos tribunals, i existeix un compromís seriós que aquestes reunions de la Sala de Govern del Tribunal Suprem amb el Ple del Tribunal Constitucional es reproduïxin periòdicament per anar traçant les línies mestres i anar apropant posicions. Si la relació personal entre aquells que formem els dos tribunals es fa més fluïda, sens dubte ajudarà a resoldre les petites friccions i els incidents que puguin sorgir entre els dos tribunals.

P: La seva Sala, al seu dia, va manifestar malestar per alguns dels canvis previstos al Projecte de Reforma del Consell General del Poder Judicial.





Com valora finalment la Llei 4/2013, de 28 de juny, de reforma del CGPJ?

R: Aquest és un tema molt delicat per al qual crec que caldrà molt de temps. He de confessar que a mi, inicialment, la reforma no m'acaba de satisfer. Jo sempre vaig ser partidari que la feina dels vocals del Consell fos compatible amb l'exercici de la funció jurisdiccional, és a dir, de la fórmula d'una comissió permanent amb dedicació exclusiva i la resta dels vocals compatibles. Sempre vaig defensar aquesta posició, des de fa molt de temps. No estic segur que les coses s'hagin fet gaire bé, i no entraré en detalls. Crec que s'ha d'intentar que al Consell General del Poder Judicial hi hagi de veritat primeres figures als vocals no judicials (i no estic entrant en una valoració personal dels membres actuals en absolut). Si es vol que el Consell General del Poder Judicial sigui una institució rellevant, tal com s'estableix a la Constitució, crec que caldria entendre que els vocals no judicials han de ser primeres figures en l'àmbit del Dret, de manera que la seva participació com a vocals del Consell sigui, fins i tot, quelcom que premii una trajectòria jurídica

i permeti, a més, la garantia d'una total independència i una total llibertat de criteri i d'actuació. Perquè la compatibilitat dels vocals no judicials amb l'exercici de professions jurídiques privades té un problema. Crec que aquest problema es matisaria molt si recorreguéssim a aquest tipus de professionals als quals em refereixo. I no tenen per què ser exclusivament professionals de l'advocacia, que també poden ser-ho (figures com el Degà del Col·legi d'Advocats, el President del Consell General de l'Advocacia, el Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya o el President del Consell General del Notariat o dels Registradors, per exemple). Haurien de ser figures d'aquest perfil, rectors d'universitats, degans de facultats de Dret... Primeres figures veritablement rellevants. Això permetria que el sistema de compatibilitat funcionés amb més facilitat del que sembla que està funcionant. És a dir, els problemes que ara estan sorgint, dels quals la premsa es fa ressò en relació amb els vocals que no formen part de la Permanent, crec que no sorgirien si recorreguéssim a aquest tipus de figures, sobretot pel que fa als vocals no judicials. I pel que fa als judicials, el que diu la

Llei és que hi ha d'haver vocals (i, a més, és així) raonablement en les diferents categories, i el problema es planteja en termes diferents.

Un poder judicial que econòmicament depèn d'un altre poder de l'Estat no pot ser independent

En definitiva, tornant a si la reforma és positiva o no, crec que cal esperar. Hi ha un risc efectiu, d'alguna manera, en limitar les competències del Consell i limitar-ne també l'autonomia, però hem d'intentar ser optimistes i dependrà molt de les persones i del valor de les persones. Jo li vull donar un vot de confiança al President, i li he fet saber, perquè em consta que té bones intencions i el que hem d'intentar tots és desitjar-li el major èxit possible no per interessos o raons personals, sinó pel bé de la institució i del sistema del poder judicial, que crec que està per damunt de tot.

P: Precisament, una de les seves màximes és la defensa de la independència del poder judicial, tant en termes econòmics com organitzatius. És realment factible?

R: Ara sí que heu posat el dit en la ferida per on s'agita de veritat. Crec que la independència del poder judicial ha de ser molt més que la independència de cada Jutge a l'hora de dictar les sentències. És evident que aquest segon aspecte és absolutament essencial, no pot ser discutit i és el nucli de la independència. Però crec que per tal que el poder judicial sigui independent (i ho he dit per escrit i en alguna intervenció pública) no n'hi ha prou amb això. La situació que tenim actualment no és l'òptima. És a dir, un poder judicial que econòmicament depèn d'un altre poder de l'Estat no pot ser independent. El que parlàvem abans de les necessitats de mitjans materials, d'uns gabinets que ajudin a treballar d'una manera més moderna, més àgil i més eficaç als tribunals, no pot estar condicionat per la voluntat del Govern de torn ni pel fet que les relacions personals siguin més o menys bones o que l'actua-



Entrevistes

ció del poder judicial sigui més o menys del gust de qui sigui el responsable del poder executiu o del Ministeri de Justícia en un moment determinat.

D'altra banda, l'actual organització del sistema no és bona. En el que s'anomena «administració de l'Administració de Justícia», que és una terminologia que no m'agrada gaire, però que va ser iniciada pel Tribunal Constitucional, hi ha massa governants. Governen el Ministeri de Justícia, les autonomies, el Consell General del Poder Judicial... El personal de l'Administració de Justícia (els secretaris i la resta de personal de l'Oficina Judicial) és un cos que depèn del Ministeri de Justícia. I la dependència orgànica i funcional del Ministeri de Justícia crec que no és bona, amb independència de la bondat de la feina que es realitza, que no qüestiono de cap manera. El que crec que no es pot transmetre a l'opinió pública és que els qui treballen dins del sistema judicial depenen del poder executiu. I més que en cap altre, en el supòsit de la jurisdicció contenciosa, que és on nosaltres ens movem. El poder executiu és part en tots els litigis de l'Administració, d'una o altra manera, ja sigui l'Administració central, l'autònoma o la local. I no crec que existeixi cap organització que admeti, ni del sector públic ni del privat, ni aquí a Espanya ni fora, que les persones que treballen en aquesta organització no depenguin dels qui en són responsables de la direcció. Ningú entendria una empresa en la qual els treballadors no depenguessin dels seus directius, sinó d'una altra empresa que, a més, fos la competència. Al meu parer, això és el que està passant al sistema judicial. Això no és bo i s'ha de canviar.

Hi ha una lluita de poder entre el poder judicial i el poder executiu

P: I s'aconseguirà canviar-ho?

R: M'atreviria a dir que aquí, en el fons, hi ha una lluita de poder entre el poder judicial i el poder executiu. El poder no es regala ni es cedeix voluntàriament. S'ha de conquerir, i probable-

ment s'ha de conquerir a conseqüència d'una lluita, entenent la paraula *lluita* com s'ha d'entendre, és a dir, no com un «enfrontament», sinó com una feina de recuperació d'uns àmbits que qui els té en aquest moment no sembla gaire propici a cedir-los. Però em sembla que això és indispensable per poder parlar d'un poder judicial veritablement independent. I no només ho dic jo. Recentment, he lliurat al nostre President un discurs del professor Castán, de 1951, on ja deia aquests coses sobre la independència del poder judicial, que es pot subscriure de l'A a la Z. En aquell moment, la situació era diferent socialment i política, per descomptat. Estem en mons completament diferents, però llavors ja parlava del fet que les societats democràticament desenvolupades (quelcom molt difícil de dir l'any 1951) tendien a la independència econòmica del poder judicial com a garantia d'independència de la Justícia.

Cal dotar d'una major força la jurisprudència del Tribunal Suprem

P: El principal problema de la Justícia és, llavors, l'organització? La manca de recursos? La lentitud? La modernització?

R: Considero que són, bàsicament, dues coses: una manca de recursos important i un problema organitzatiu. Pel que fa als recursos, es parla molt dels sistemes informàtics, que és veritat que no són els més moderns. Per exemple, al Tribunal Suprem, el sistema informàtic depèn del Ministeri de Justícia: el servidor és al Ministeri, fet que tampoc sembla excessivament raonable. No dic que passi, però si el servidor és al Ministeri de Justícia, des d'aquest servidor es pot controlar el que s'està treballant. Existeix el risc que passi això. Per tant, sí que hi ha una manca de mitjans. També en el sentit que les retribucions dels funcionaris que treballen al sistema judicial (dels secretaris i del personal de l'Oficina Judicial) no són, al meu parer, suficients per garantir una dedicació plena i absoluta a la funció judicial, amb la tranquil·litat necessària per no tenir preocupacions alienes. Si hom analitza les

retribucions del personal judicial, veurà que no són comparables amb les de personal equivalent, amb una formació anàloga, en altres sectors de l'Administració pública. Si les retribucions del personal fossin més satisfactòries, sens dubte, la seva formació seria millor i podríem atraure a les funcions del que abans eren els cossos oficials i auxiliars (que són cossos de gestió i tramitació de l'Administració) i al secretariat a persones amb una formació jurídica i una titulació prèvia que facilitarien el desenvolupament de la feina de l'Oficina Judicial. Per tant, crec que aquí hi ha un altre problema. I, finalment, hi ha un problema organitzatiu de treball. Tenim una organització judicial que és la mateixa que quan jo vaig ingressar a la carrera el 1972 i la mateixa que existia fa cinquanta anys. El sistema de treball, teòricament, segueix essent el mateix. Com explicava abans, al Magistrat, al Jutge, li arriben els papers, els agafa, se'ls emporta, se'ls estudia en una tasca solitària, ell mateix cerca els antecedents, la jurisprudència, si hi ha treballs doctrinals, Dret comparat... Això alenteix molt la manera de treballar. Si hi hagués uns equips de treball que facilitessin la tasca dels jutges, aquests podrien resoldre amb més rapidesa i eficàcia. Per tant, crec que hi ha un defecte d'organització. I n'estic convençut perquè, quan a la Sala Tercera van intentar canviar una mica el sistema de treball amb el pla d'actualització que dèiem abans, en el qual creia molt poca gent, el sistema va funcionar. Això vol dir que, si es recolza els jutges amb els mitjans suficients, poden oferir un major rendiment que el que ofereixen actualment. Tenim una organització i un sistema molt endarrerits.

P: Què pot aportar la Nova Oficina Judicial?

R: La Nova Oficina Judicial pretén reestructurar el sistema establint unes secretaries comunes per als diversos òrgans judicials. Això pot ser bo, però sempre que l'Oficina tingui mitjans. A més, necessita que existeixi també un cert control o una possibilitat de control per part dels titulars del poder judicial, dels jutges i magistrats, sobre aquesta Oficina, i en aquest punt hi ha un dèficit en aquests moments. Em refereixo al que parlàvem abans de la dependència del poder executiu i del Ministeri de



Justícia, i no del poder judicial *stricto sensu*. I també s'han de canviar els hàbits de treball, per a la qual cosa s'ha de recórrer a uns sistemes que ja estan inventats, com els que tenen els tribunals del nostre entorn. Per exemple, el Tribunal Constitucional té un *modus operandi* amb uns cossos de lletrats. És veritat que es corre un risc, que és que hi hagi qui pugui pensar: «Si això es fa així, al final les sentències les faran els gabinets i no els tribunals». Aquí és on cal donar un vot de confiança als tribunals. Nosaltres ho vam fer i les sentències les feien els magistrats. Una altra cosa és que algú t'ajudi i prepari la feina prèvia que comentava, perquè suposa moltes hores de feina que es poden dedicar a una altra cosa. Per tant, falten mitjans i hi ha una organització deficient.

P: Com valora el nivell de seguretat jurídica preventiva del nostre país?

R: En referència a la seguretat jurídica preventiva, amb els notaris i els registradors, tenim un sistema difícilment millorable. L'organització notarial i registral del nostre país és quelcom del que podem estar veritablement orgullosos, i no només per la capacitat i

la competència professional dels qui integren el Notariat i el Cos de Registradors de la Propietat, sinó també per la garantia que això suposa. És molt difícil trobar un recurs o un plet que vingui motivat per l'actuació d'un Notari o un Registrador. És veritat que hi ha recursos a conseqüència de les discrepàncies entre notaris i registradors pel que fa a la seva funció, però són escassos. S'haurien de buscar amb lupa problemes generats al ciutadà a conseqüència de l'actuació de notaris o registradors i això diu molt en funció del sistema. Per tant, crec que en aquest sentit podem estar francament satisfets. La seguretat jurídica en la segona fase, que és quan sorgeixen conflictes entre ciutadans o entre el ciutadà i l'Administració (en el cas de la jurisdicció contenciosa), crec que, si som honestos, es pot millorar. No es pot demanar unanimitat de criteris, és absolutament impossible perquè les normes són interpretables i, per tant, els jutges, a l'hora d'interpretar la norma, poden tenir posicions diferents i criteris d'interpretació variables. El que sí que crec és que seria millorable atorgant a la jurisprudència del Tribunal Suprem més força de la que té ara. No dic que la jurisprudència hagi de ser vinculant en absolut, però cal dotar-la de més força, tal com es va dotar al seu dia la jurisprudència del Tribunal Constitucional. Això no vol dir que el Jutge, a l'hora d'examinar el cas concret, coneixent la jurisprudència del Tribunal Suprem, però coneixent també les prioritats de l'assumpte que té entre les mans, no pugui, si escau, decidir que la doctrina establerta pel Suprem en un altre cas semblant no és traslladable a aquest cas concret, però sempre de manera raonada i motivada. És a dir, s'ha de tendir a fer que el ciutadà pugui tenir una certa seguretat pel que fa a la previsibilitat de la resolució que es va a dictar. I això només s'aconseguirà mitjançant coordinació i un flux d'informació entre els diferents tribunals. Al cap i a la fi, no és res més que quelcom que exigeix la Constitució: el principi d'igualtat.

P: Pel que fa a la relació entre jutges i notaris, què creu que s'aporten mútuament?

R: Jutges i notaris, en l'aspecte professional, són mons paral·lels i, per

tant, no es creuen. El que sí que és cert és que la doctrina que genera la Direcció General dels Registres i del Notariat, jurídicament, és rellevant. Fins a no fa gaire, la doctrina de la Direcció General tenia una rellevància similar a la jurisprudència del Tribunal Suprem i fins i tot els opositors estudiàvem i citàvem les seves resolucions de la mateixa manera que se citava la jurisprudència del Tribunal Suprem. És veritat que ara això ja no es dona tant, potser a conseqüència de l'increment del nombre de resolucions que ha de generar la Direcció General, com també ha passat una mica amb la jurisprudència a conseqüència de l'increment d'assumptes que es resolen al Tribunal Suprem. Però crec que la labor jurídica i científica, des del punt de vista doctrinal, que realitzen notaris i registradors en el món del Dret, tant a través de les organitzacions col·legials com a través de la Direcció General, és realment important per al món jurídic a nivell nacional.

Les condemnes no han de ser exemplars, sinó justes

P: Com s'hauria de combatre la desafecció entre la ciutadania i la Justícia i l'Administració?

R: Crec que hi ha una crisi de les institucions. Aquesta crisi està provocada, al meu parer, per diversos factors. Primer: perquè les pròpies institucions tenen una competència entre si mateixes que no ajuda a fer que l'opinió pública sigui favorable en molts casos. Segon: és veritat que hi ha problemes de funcionament, però també existeix un gran desconeixement. No crec que el món judicial sigui un món conegut en profunditat per l'opinió pública. Els ciutadans jutgem per com ens van les coses: si tinc una discrepància amb Hisenda i no em va bé, parlaré molt malament d'Hisenda, mentre que si em va bé, diré que jo tenia la raó. En el món judicial, passa quelcom semblant: quan hi ha dues parts en litigi, les dues no poden guanyar, i en la majoria dels casos no guanya cap de les dues perquè a qui li donen la raó no la hi donen del tot. I això influeix d'alguna manera en l'opinió pública. D'altra banda, crec que en un món com el d'avui, en el qual la comu-





Entrevistes

nicació és quelcom fonamental i transcendent, en el món judicial no podem viure tancats en nosaltres mateixos. Hem d'apropar-nos a la ciutadania i la finestra són els mitjans de comunicació. Els jutges tenim una gran desconfiança en els mitjans i, probablement, és així perquè no sabem comunicar: ningú ens ha ensenyat a fer-ho. Els jutges parlen a través de les sentències i els resulta molt més fàcil escriure que parlar, en termes generals. Necessitem una labor de formació i d'educació. En el programa que vaig presentar al Consell per optar a la Presidència de la Sala, ja parlava d'aquests temes. Crec que no seria dolent que tant des del poder judicial (en aquest cas, el Consell General del Poder Judicial) com des dels mitjans de comunicació s'organitzessin jornades com a sistema d'apropament. Llavors nosaltres podríem conèixer de veritat què és el que fan els periodistes, com i per què ho fan, com pensen, com fan les valoracions... I, alhora, els mitjans i els seus professionals coneixerien com es treballa dins del sistema judicial. Això sí que és important. Campanyes de comunicació com la que va fer al seu dia l'Agència Tributària, amb allò de «Hacienda somos todos», o la del Ministeri de l'Interior en relació amb les forces de seguretat de l'Estat, mai s'han fet en l'àmbit judicial. Ningú s'ha preocupat de transmetre al ciutadà com funciona el sistema judicial, quines son les conseqüències de la nostra manera de funcionar, què és el que pretén el poder judicial, com es protegeixen els drets dels ciutadans des de la Justícia... i cal fer-ho.

El que surt a la llum pública pertany, fonamentalment, al camp del Dret Penal. Gairebé no surt res en matèria civil (potser quelcom sobre hipoteques) i alguna cosa en matèria contenciosa i en matèria laboral, si té transcendència política. I pel que fa al que surt (la jurisdicció penal), existeix una reacció molt humana, que és que, quan hom es veu afectat en els drets fonamentals, quan se'n lesiona el dret a la vida d'un familiar o la integritat física, hi ha certa reacció de venjança. La primera reacció és demanar una condemna exemplar. Però les condemes no han de ser exemplars, sinó justes. El que no es pot fer és intentar donar exemple als altres imposant a un senyor una sentència excessiva o una pena desproporcionada. Això també requereix

una labor d'educació i cal fer-la des de les institucions.

La Justícia del segle XXI ha de ser veritablement independent, amb mitjans econòmics suficients i una organització i una metodologia de treball completament diferents

P: I des d'on hauria de fer-se aquesta tasca informativa envers el ciutadà?

R: Aquí atribueixo un dèficit al Consell General del Poder Judicial. Portem des de l'any 1978 amb la Constitució, anem pel cinquè Consell, i si avui sortim al carrer i li preguntem al ciutadà què entén per Justícia, no la identifica amb el poder judicial. Barreja el Tribunal Constitucional (que es troba fora del poder judicial) amb la policia, les forces de seguretat de l'Estat en general... Cal precisar què és el poder judicial, què és l'Administració de Justícia i el que hi ha al voltant de tots dos. No podem posar-ho tot en el mateix sac. I crec que aquesta labor d'educació ha de fer-la el Consell General del Poder Judicial, sens perjudici que els jutges intentem fomentar les relacions amb el món de la comunicació i vèncer poc a poc el respecte que ens fa seure davant dels mitjans. No estem acostumats a parlar ni a sortir davant de l'opinió pública, i hem de fer-ho, però han d'ensenyar-nos a sortir, a moure'ns amb facilitat davant els mitjans de comunicació, a no veure'ls com a enemics i transmetre'ls informació. I, alhora, els mitjans de comunicació han d'entendre que la informació que se'ls dóna des dels tribunals no ha de ser esbiaixada, sinó que pretén ser una informació objectiva. És molt difícil entendre les resolucions judicials, perquè reconec que, de vegades, fem servir un llenguatge excessivament crític, doncs xoquem, d'una banda, amb la necessitat d'utilitzar un llenguatge més senzill perquè pugui ser entès per tots els ciutadans i, d'altra banda, amb la necessitat de fonamentar en conceptes jurídics que són difícils de vulgaritzar. I, a més, hi ha una certa labor pedagògica en l'àmbit jurídic de les resolucions judicials (més encara des del

Tribunal Suprem), en les quals hi ha la valoració, el comentari, la crítica... i una tendència a fer servir un llenguatge més tècnic que en dificulta la comprensió. Tot això requereix una labor d'educació, d'apropament, que requereix temps, però hi estem treballant.

P: Finalment, com creu que ha de ser la Justícia del segle XXI?

R: El meu Catedràtic de Dret Penal deia que el Codi Penal sempre va per darrere del delinqüent. És a dir, les lleis sempre van per darrere de la societat, perquè és molt difícil preveure el que passarà i tractar de regular per al futur el que pugui passar. Per tant, sempre hi ha un cert desfasament. Però, resumint, crec que la Justícia del segle XXI ha de ser una Justícia veritablement independent, amb mitjans econòmics suficients i una organització i una metodologia de treball completament diferents. Des que vaig ingressar a la carrera judicial, sento que fan falta més jutges, que cal crear més jutjats... I el Ministeri de Justícia ha creat trenta jutjats més, que comporten trenta secretaris, un mínim de seixanta del que abans anomenàvem *oficials*, cent vint auxiliars i els agents corresponents. Però si ens fixem en el Tribunal Suprem, que hauria de ser el paradigma del sistema, on haurien d'estar teòricament els millors (des dels jutges fins a l'últim agent judicial), ens trobem que està ple de funcionaris interins a les secretaries, i això resulta difícil d'entendre. Però passa perquè el nivell retributiu del Tribunal Suprem resulta que és menor, per exemple, que a la plaça de Castilla, on hi ha guàrdies (i aquí no). Per tant, s'ha de canviar l'organització des de baix, canviar els sistemes de treball per adequar-los al que exigeixen els temps moderns, seguint el model dels temps despatxos jurídics, on els socis directors no s'encarreguen de redactar a mà, sinó que tenen uns equips que treballen, estudien, desglossen els assumptes, detecten els problemes i els sotmeten a l'associat principal perquè els doni el vist-i-plau i posi el matis corresponent. Perquè hi hagi una Justícia ràpida, eficaç i que pugui actuar amb una immediatesa raonable (no excessiva per a no anar en detriment de les garanties), s'ha de canviar l'organització i els mitjans.



«Un Dret que mereix ser imitat, com el nostre, és un Dret que té un gran valor»

Joan Egea Fernández

President del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya

Joan Egea Fernández (Olesa de Montserrat, 1951) és Doctor en Dret per la Universitat de Barcelona amb Premi Extraordinari, Catedràtic de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra des de l'any 1991, acadèmic de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i membre numerari de l'Institut d'Estudis Catalans.

A més d'autor d'un centenar de publicacions científiques, investigador principal en diversos projectes de recerca i membre de diversos consells editors, ha estat Degà de la Facultat de Dret de la Universitat Pompeu Fabra (1994-2000), Vocal de la Junta Electoral Central (2000-2004) i membre de la comissió que assessora la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (2005-2009). Com a Vocal de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, ha participat en l'elaboració de diversos avantprojectes de llei en matèria de Dret Civil català. Entre els premis rebuts, destaquen la Medalla d'Honor de la Generalitat de Catalunya pels serveis excepcionals a la Justícia (2010) i el Premi Francesc Vives de l'Institut d'Estudis Catalans (1982), entre d'altres.

Ha estat Vicepresident del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya des del 2009 fins al 2013, any en què va assumir la Presidència de la institució.



Entrevistes

P: Ara tot just fa un any que presideix el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya. Quin balanç fa d'aquest primer any a la Presidència?

R: El balanç necessàriament ha de ser positiu, tot i que és un període molt breu de temps per fer balanç, fins i tot si comptem des de l'inici del Consell de Garanties Estatutàries, quatre anys enrere. Aquest darrer any, i també els tres anteriors, sota la Presidència del doctor Aja, ha estat marcat per quelcom que crec fonamental en un òrgan col·legiat, que és l'esperit de col·laboració, la posada en comú. I això dona els seus fruits en uns dictàmens que em sembla que tenen prou qualitat no només pel grau d'unanimitat i de majories que s'assoleix, sinó en si mateixos, des del punt de vista del producte jurídic. I aquest balanç positiu no ho és només pel que fa als consellers, sinó que el faria extensiu al personal, des dels lletrats fins als auxiliars. Perquè, en una època d'ajustos pressupostaris, en què les baixes no es cobreixen i el treball es continua fent igual, sense ells això tampoc no funcionaria de la mateixa manera.

Els dictàmens parlen per nosaltres

P: Té alguna lectura jurídica el fet que la Presidència hagi passat d'un Catedràtic en Dret Constitucional com Eliseo Aja a un Catedràtic en Dret Civil com vostè?

R: Crec que, en clau interna, no té cap transcendència. De fet, un dels elements que ajuden a funcionar aquest organisme és l'absència de personalismes, i no només de personalismes quant a noms, sinó també pel que fa a l'especialitat. De fet, tot i la formació especialista del President, sigui constitucional o civil, aquest té poca capacitat d'incidència per dirigir un dictamen concret cap al seu vessant específic. Del que es tracta és d'ajuntar coneixements (els propis de l'àrea), d'aportar diferents punts de vista i sumar.

P: Quins són els principals objectius aconseguits i els reptes de futur?

R: L'objectiu aconseguit no només d'aquest darrer any, sinó de tot el

període de quatre anys, és un objectiu molt modest que jo centraria en el fet de treballar amb discreció. Haver aconseguit no aparèixer als mitjans si no és pels dictàmens, partint de la idea que hem marcat de no parlar ni interpretant, ni llegint, ni valorant els dictàmens, sinó que els dictàmens parlen per nosaltres. Aquest és l'objectiu que ens vam proposar i que hem assolit en aquests anys. I en el futur, és el que hem d'intentar mantenir.

Fem un control preventiu pel que fa al control d'estatutarietat i de constitucionalitat dels projectes i proposicions de llei del Parlament de Catalunya

P: Podem dir que el Consell fa política preventiva?

R: Més que política preventiva (perquè parlar de política en un òrgan que és estrictament tecnicojurídic potser no seria adequat), s'acosta molt a la idea de control preventiu. El Consell fa un control preventiu almenys en un dels àmbits que té assignats, que és el control d'estatutarietat i de constitucionalitat dels projectes i proposicions de llei que són sotmesos al nostre dictamen procedents del Parlament de Catalunya. A nosaltres ens toca valorar-los prèviament a la seva aprovació, veure si tenen vicis o defectes d'estatutarietat o de constitucionalitat. Evidentment, això estalvia que en el futur hi hagi possibles invalidacions constitucionals i, en aquest sentit, sí que podem dir que complim una funció preventiva. En l'altre vessant, que és el del dictamen que a nosaltres se'ns demana amb caràcter preceptiu, prèviament al fet que el Govern de la Generalitat o el Parlament de Catalunya interposin un conflicte de competència o bé un recurs d'inconstitucionalitat, l'aspecte preventiu no hi és tant, perquè aleshores ja parlem de lleis que estan en vigor. Aquí, el que nosaltres fem és, a partir d'allò que els sol·licitants creuen que és inconstitucional, valorar si ho és o no. Però això no és estrictament una funció preventiva. La funció preventiva se centraria més en les proposicions i els projectes de llei del Parlament de Catalunya.

P: Dels dictàmens emesos fins al moment sota la seva Presidència, n'hi ha algun que destacaria especialment?

R: És fàcil de destacar un dictamen per la repercussió mediàtica que té. Per exemple, els dictàmens referits a la LOMQE, la Llei Orgànica de Millora de la Qualitat Educativa, o bé el referit a la Llei de Pressupostos catalana, que va suposar que durant un mes es retardés la seva aprovació. Però també n'hi ha d'altres que, sense tenir tanta repercussió mediàtica, des de dins veus que el dictamen en si i la llei que està dictaminant tenen una repercussió pràctica i operativa dins el sistema autonòmic molt més important. Em refereixo, per exemple, a la Llei de Garantia d'Unitat de Mercat. Tot i que no ha tingut ressò mediàtic, veus que aquí hi ha una norma jurídica que altera o pretén modificar el sistema de distribució de competències, i això és important. I encara hi ha altres dictàmens que no tenen ni aquesta pretensió mediàtica ni són com la Llei d'Unitat de Mercat, però que presenten una gran complexitat tècnica, com ara un que estem elaborant amb relació a la revalorització de les pensions, una fórmula complicadíssima que cal esbrinar per tal de donar una solució adequada. És difícil, en conclusió, perquè uns destaquen des de la perspectiva mediàtica i d'altres, des de la jurídica.

Crec que l'apreciació de nul·litat del dictamen vinculant per part del Tribunal Constitucional ha estat un error

P: L'any 2009, fruit de la reforma de l'Estatut, el fins llavors Consell Consultiu (1981-2009) passa a ser el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya. La Sentència del Tribunal Constitucional va considerar inconstitucional i nul l'article 76.4, amb referència al fins llavors caràcter vinculant dels dictàmens. Quins efectes reals ha tingut aquesta decisió?

R: Primer voldria aclarir que el dictamen vinculant, que era l'element més diferenciador respecte de les funcions que tenia abans el Consell Consultiu, només afectava un aspecte concret de



l'Estatut, que eren els drets estatutaris. I en el temps que va estar en vigor l'article de l'Estatut que després va ser declarat nul pel Tribunal Constitucional, no se'n va resoldre cap que tingués aquest caràcter vinculant ni que es tramités com a vinculant. Hi va haver dues o tres al·lusions al caràcter vinculant del dictamen, però no se'n va resoldre cap amb vulneració. És a dir, es demanava amb caràcter vinculant, però es va entendre que no tenien aquest caràcter. Malgrat tot, crec que l'apreciació de nul·litat d'aquest precepte estatutari per part del Tribunal Constitucional, pel fet d'entendre que nosaltres estàvem assumint una funció pseudojurisdiccional que s'apropava molt a la del mateix Tribunal Constitucional, ha estat un error. Però hem d'acceptar aquesta decisió, tot i que personalment en discrepo. De fet, l'únic que va fer el Tribunal Constitucional va ser anular el caràcter vinculant del dictamen, però no que poguéssim dictaminar sobre la possible vulneració de drets estatutaris. I tampoc no n'ha arribat cap, de dictamen o de sol·licitud aplicada només a drets estatutaris. D'altra banda, sembla lògic pensar que això serà

excepcional, perquè cal suposar que les lleis del Parlament no es fan per vulnerar drets estatutaris. Una cosa és que a una persona li vulnerin un dret estatutari i una altra que, en si mateixa, la llei ja vulneri drets estatutaris. En cas que això succeeixi, cal entendre que seria una excepció, sigui per error o bé per mala tècnica legislativa.

P: Les dades fetes públiques anualment pel Consell reflecteixen que la gran majoria dels dictàmens s'aproven per unanimitat i que, tot i no ser vinculants, es respecten. Quina lectura fa d'aquestes dades?

R: Crec que, en si mateixa, la unanimitat no és cap valor ni una virtut, però, pel que he viscut dins el Consell i per la manera com s'han elaborat aquestes unanimitats, és indicatiu del que deia al començament: l'esperit de col·laboració i la posada en comú. Sobre tot, demostra que el Consell és un òrgan col·legiat en què es tracta d'arribar a una posició comuna fruit de diverses aportacions. Unes aportacions que propor-

cionen una perspectiva enriquidora des de diverses àrees del Dret, com també des de diverses professions jurídiques, des del món universitari, el funcionariat, l'Advocacia... I tot això també ajuda, des d'aquestes diferents òptiques, a arribar a un punt comú. Tot i així, com és lògic, sempre hi ha discrepàncies, ja que en l'àmbit del Dret trobem, en ocasions, interpretacions i punts de vista diferents, tots ells legítims.

P: Com a Catedràtic en Dret Civil, com veu el procés de codificació i harmonització del Codi Civil de Catalunya que es preveu finalitzar enguany?

R: Jo n'he format part, en una primera fase i fins a l'any 2009, i he de dir que vaig gaudir-ne molt i que ara trobo a faltar no participar en aquestes tasques prelegislatives. Crec que en tot aquest temps s'ha treballat intensament: des de l'inici, amb la recuperació de l'autonomia, la reforma de la Compilació, després les lleis especials, els codis sectorials, el Codi Civil únic de Catalunya... fins a arribar al punt en què l'únic que queda pendent és el Llibre VI, que es presentarà i s'aprovarà en breu al Parlament de Catalunya. Així, no només tindrem un Codi homologable als que hi ha al nostre entorn, sinó que jo diria que tindrem una normativa de la qual podríem fins i tot demanar el *copyright*. Moltes altres autonomies, fins i tot altres països, prenen inspiració en el nostre Dret Civil, la qual cosa vol dir que és un Dret ben fet. Un Dret que mereix ser imitat és un Dret que té un gran valor.

L'aportació que fan els notaris al Dret Civil, amb la seva visió pràctica i aplicativa del Dret i de la seguretat preventiva, és fonamental

P: I com valora l'aportació del Notariat a aquesta codificació i al llarg de la història?

R: El Dret Civil català no s'entendria com és ara sense l'aportació del Notariat. Per no remuntar-me gaire lluny, a



Entrevistes

l'època de Falguera, i anar a la història més recent, només cal dir que amb la Compilació, Roca-Sastre, Ramon Faus i Figa Faura van mantenir viu tot aquell Dret històric, amb forma articulada, i d'això hem pogut beure els civilistes. I en clau de present, evidentment, l'aportació que fan els notaris (que jo he tingut com a companys en diverses comissions), amb la seva visió pràctica i aplicativa del Dret i de la seguretat preventiva, és fonamental. Recordo el paper que es reserva al Notari en les capitulacions matrimonials, en els pactes en previsió de ruptura matrimonial, en els poders preventius... Tot plegat ha anat enriquint i donant un nivell altíssim al que és el nostre Dret en totes les seves branques: el successori, els drets reals, el de la persona, el de família... I ho han fet els professionals, els notaris, però també la institució, el Col·legi, que ha estat una corporació cabdal en l'àmbit del Dret Civil de Catalunya.

P: Pel que fa al nivell de la seguretat jurídica, com el valora en el nostre país?

R: Pel que fa a la seguretat jurídica preventiva, la funció notarial és essencial, això ningú no ho pot qüestionar. I, de

fet, tal com deia abans, en el Dret català, el Notari hi és molt present. Però, des d'un punt de vista més general de la seguretat jurídica i basant-me en la perspectiva vivencial, en allò que veig des del Consell amb les lleis que ens arriben, m'adono que hi ha un cert descens en el nivell de la qualitat democràtica de les lleis. I faig una reflexió en dos sentits: d'una banda, pel fet que en els darrers dos anys les formes s'han perdut. L'any 2012, vam tenir vint-i-nou decrets llei, i el 2013, n'hem tingut disset, i això és una forma legislativa al marge del que és la representació política. És cert que succeeix a l'emparedament d'una innegable crisi econòmica i social, però reflecteix una certa improvisació, no saber per on es va i creure que amb un decret llei s'arreglaran les coses. I en un altre sentit, també he observat, des de la petita atalaia que és el Consell per veure les lleis estatals, que, paral·lelament, hi ha una certa inseguretat jurídica, ja que s'aprofiten normes per modificar-ne d'altres sense anunciar-ho. En una norma sobre una determinada qüestió, apareix una disposició que no hi té res a veure. Certament, es respecta el principi de jerarquia normativa, però, de seguretat, no en dona gaire. En aquest punt, també hem de millorar. Perquè això de la seguretat jurídica no ens ho hem inventat els ju-

ristes perquè sí, sinó que és una cosa econòmicament mesurable. En aquest sentit, el Banc Mundial mesura els països per la seguretat jurídica, i nosaltres estem cap al lloc noranta, cap al mig, en el rànquing de com veuen els inversors el nostre país pel que fa a la seguretat jurídica. En definitiva, es pot avançar molt encara en seguretat jurídica constitucional, la que depèn del legislador. I pel que fa a la preventiva, com deia, els notaris compleixen molt bé la seva funció.

Hi ha un cert descens en el nivell de la qualitat democràtica de les lleis

P: També és membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. En aquest sentit, quin creu que ha de ser el paper de les principals institucions jurídiques en l'actual marc socioeconòmic?

R: Les institucions com l'Acadèmia, i fins i tot els col·legis professionals i la Universitat, el que han de fer és ser visibles. A l'Acadèmia, per exemple,





s'hi fan treballs molt interessants, però sovint no tenen transcendència social i no arriben a la ciutadania. Quan hi ha professionals que es dediquen a estudiar, treballar i discutir qüestions a fons, l'interessant seria que les propostes que sorgeixen d'allà arribessin al ciutadà (per tenir-ne coneixement i més informació) i a qui té poder decisor (per valorar si convé o no adaptar una determinada normativa). No sempre sorgeixen solucions, però s'intenta aportar-ne a aquesta crisi econòmica, social i de valors. A l'Acadèmia ens hem plantejat fer-ho portant a terme sessions obertes, i em consta que des dels col·legis i el món universitari també es té aquesta inquietud. Ara el problema és que hi ha una mancança de mitjans per desenvolupar activitats amb transcendència, com ara congressos i jornades, que s'intenten suplir amb l'àmbit digital i Internet, la qual cosa facilita donar a conèixer papers i estudis. En aquest sentit, estem avançant, però encara hem d'avançar més.

La Justícia ha de ser eficaç, prioritària, no dependre de conjuntures, informatitzada i propera al ciutadà

P: Per finalitzar, com creu que ha de ser la Justícia del segle XXI?

R: Crec que ens podríem conformar amb una premissa molt bàsica, que és l'eficàcia: que la Justícia sigui eficaç.



caç. Una Justícia que et dona resposta passats set o vuit anys, com ara la Justícia constitucional, o bé quan hi ha una norma que potser és anul·lada després de vuit o nou anys de tenir vigència i efectes durant tot aquest temps, quin tipus de Justícia és? O quan veus que les taxes de congestió dels jutjats no es redueixen, sinó que, per bé que poc, s'incrementen; quan veus que la nostra taxa de jutges per cada cent mil habitants encara és baixa (no arriba a onze, quan en altres països és molt més alta) i el criteri és reduir i no contractar jutges substituïts; quan veus quins són els mit-

jans econòmics... Per això, en el futur, m'imagino una Justícia eficaç, que sigui prioritària i no depengui de conjuntures, informatitzada i propera al ciutadà. Crec que és bo plantejar-se objectius modestos, no grans objectius, perquè això redundarà en l'eficàcia: calen mitjans personals i materials. Evidentment, estem en una època en què això és complicat, però cal tenir present que la Justícia no només resol problemes de ciutadans concrets, sinó que el seu bon funcionament repercuteix també en l'economia del país i en la seguretat jurídica, i això és bàsic i fonamental.

Dació en pagament i novació de préstec hipotecari: a la recerca dels hereus cridats

Problemes pràctics en una consulta a ClinHab i altres supòsits imaginables. Un excursus en la *interrogatio in iure*

Esther Arroyo Amayuelas

Doctora en Dret i Professora Titular de Dret Civil. Universitat de Barcelona
ClinHab. Clínica Jurídica en Dret Immobiliari i Mediació Residencial

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. CLINHAB: L'APRENTATGE-SERVEI
- III. UN CAS REAL: A LA RECERCA DE L'HEREU...
- IV. REFLEXIONS FINALS

I. INTRODUCCIÓ

Només a Barcelona, el nombre d'hipoteques sobre finques urbanes (habitatges, solars i altres finques) atorgades en el període 2008-2012 ascendeix a 97.162. L'import mitjà del préstec garantit equival a 219.061 euros. La xifra descendeix si només tenim en compte el nombre d'hipoteques sobre habitatges (12.244) i també és sensiblement menor llur import, que, de mitjana, seria de 162.358 euros.⁽¹⁾ Les estadístiques no proporcionen indicacions sobre la durada dels préstecs, però si considerem normal la hipòtesi de devolució a trenta anys, i sense la necessitat d'entrar a analitzar quina és la mitjana d'edat dels deutors hipotecaris (i, per tant, també llur expectativa de vida a partir del moment en què contrauen el deute), podríem considerar, si no absolutament normal, com a mínim

sí versemblant, que el deutor acabi els seus dies sense haver pogut honorar el seu compromís amb el creditor (per regla general, una entitat bancària).

Si aquest deutor no té una assegurança que cobreixi la devolució del préstec, són els hereus els qui l'adquiriran, juntament amb l'immoble gravat. Cal, naturalment, que aquests hereus acceptin l'herència. Pot succeir, però, que o bé no se sàpiga qui són els hereus, o bé que sí que se sàpiga però no acceptin ni repudiïn l'herència, o bé que només l'acceptin alguns, sense que els altres no facin cap manifestació d'acceptació o de repudiació. Això ens porta a parlar de la funció i la finalitat de la *interrogatio in iure*, moguts per la voluntat de donar a conèixer algunes de les consultes que s'evacuen des de ClinHab i amb l'ànim de plantejar ulteriors hipòtesis que es poden donar a la pràctica. Abans, però, convé donar a conèixer què és i quina és l'activitat de ClinHab.

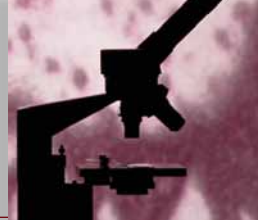
II. CLINHAB: L'APRENTATGE-SERVEI

ClinHab és l'acrònim de Clínica Jurídica en Dret Immobiliari i Mediació Re-

sidencial (<http://www.clinicajuridicaimmobiliaria.org>), que, des del mes de juny de 2012, ofereix informació i orientació gratuïtes en matèria d'habitatge a tots aquells ciutadans que ho sol·liciten. En particular, s'evacuen consultes relacionades amb els contractes d'arrendament, de préstec o crèdit hipotecari, els desnonaments o les execucions d'hipoteca, i s'ofereixen serveis gratuïts de mediació residencial. La Clínica pretén assolir quatre grans objectius:

—En primer lloc, transferir directament a la societat una part dels serveis en formació, investigació i docència que actualment es duen a terme a la Universitat, mitjançant la difusió de coneixements jurídics en matèria d'habitatge, amb la finalitat de millorar la cultura jurídica financera de la població i fomentar la prevenció a l'hora de signar contractes sobre l'habitatge, així com revaloritzar (*empower*) les persones que pateixen greus problemes en aquest àmbit.

—En segon lloc, es tracta d'introduir els estudiants dels darrers cursos del grau en Dret en la resolució de casos reals per tal de fomentar-hi les competències



es i habilitats que no adquireixen a les aules i, addicionalment, desenvolupar la seva vocació de servei a la societat.

—En tercer lloc, es tracta de millorar la capacitat de gestió i coneixement de la realitat social per part del personal investigador. La pretensió és orientar la recerca cap a les necessitats reals del país i fer una anàlisi dels problemes que actualment incideixen en la seva economia per tal d'incidir en la millora de la qualitat de vida dels ciutadans.

—En quart lloc, es pretén alleugerir la càrrega que actualment suporten tant les administracions com les entitats socials, gràcies a l'orientació gratuïta des de la mateixa Universitat.

ClinHab s'integra dins el Projecte «De dret al Dret», de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, liderat pel Professor Antonio Madrid. Des de la seva creació, l'any 2009, la Clínica està codirigida per la doctores Miriam Anderson i Isabel Viola i compta amb la col·laboració permanent de la Doctora Esther Arroyo i del Doctor Jorge Alegre de Miguel. Les tres primeres són professores titulars amb dedicació exclusiva al Departament de Dret Civil, mentre que l'últim és Professor associat i Advocat. Addicionalment, es compta amb la valuosa col·laboració de personal voluntari permanent amb una llarga experiència en el sector bancari (Jaume Molera i Jaume Casas) i en el de l'habitatge (Guillem Fernández).

Si considerem la hipòtesi de devolució a trenta anys i que el deutor acabi els seus dies sense haver pogut honorar el seu compromís amb el creditor, òbviament, seran els hereus els qui l'adquiriran, juntament amb l'immoble gravat l'obligació de devolució del préstec

La Clínica compta amb el suport i la col·laboració tant de la Generalitat de Catalunya (Agència de l'Habitatge) com d'altres institucions públiques i privades (Prohabitage, el Col·legi de Notaris de Catalunya, el Deganat dels Registradors de la Propietat, Provima i Alter-Serveis de Mediació), i té signats convenis i pro-

FITXA TÈCNICA

Resum: Amb aquest treball s'ofereix un model de dictamen per resoldre algunes de les consultes que arriben a ClinHab. En aquest cas, el dictamen combina realitat i ficció, amb la voluntat de mostrar altres problemes pràctics en els quals podria haver derivat la consulta. La voluntat és fer conèixer als estudiants, d'una banda, la identificació del problema; de l'altra, els passos que cal seguir per resoldre'l i, finalment, les possibles solucions. Alhora, l'exposició hauria de servir als tècnics de la Generalitat que van assistir a les sessions de formació per tenir eines a l'abast davant de problemes idèntics o semblants. Als autors del dictamen ens ha servit per constatar quelcom que ja sabíem: "que la realitat sempre és més complicada del que la freda lletra de la llei fa entendre".

Paraules clau: Préstec hipotecari, dació en pagament, herència, *interrogatio in iure*

Abstract: This work offers a model ruling with which to resolve some of the queries received at ClinHab. In this case, the ruling combines truth and fiction, with the aim of highlighting other practical problems which the query could have led to. The aim is to show students, on the one hand, the identification of the problem, and on the other, the steps that need to be followed in order to resolve it, and finally, the possible solutions. Meanwhile, the work would be useful for the officials at the Generalitat who attended the training sessions so as to provide them with tools with which to tackle identical or similar problems. For us as the authors of the ruling it has served to confirm something that we already knew: "that reality is always more complicated than the cold letter of the law would have you believe".

Keywords: Mortgage lending, surrender of collateral in settlement of debt, inheritance, *interrogatio in iure*.

tocols amb Càritas, ADICAE, el Casal dels Infants de Barcelona i altres institucions.

El projecte és un servei a la ciutadania, ofert des de la mateixa Universitat, que té resultats visibles en quatre àmbits:

—D'una banda, la satisfacció de necessitats de les persones que han sol·licitat orientació legal i financera en temes relacionats amb el seu habitatge. Des del mes de juny de 2012, s'han atès més de dues-centes consultes.

—D'altra banda, ClinHab és un projecte que pretén millorar la qualitat docent, tota vegada que són els estudiants els qui, degudament tutoritzats, es formen per ajudar altres persones. Es tracta de posar en pràctica un mètode d'ensenyament basat en l'experiència.

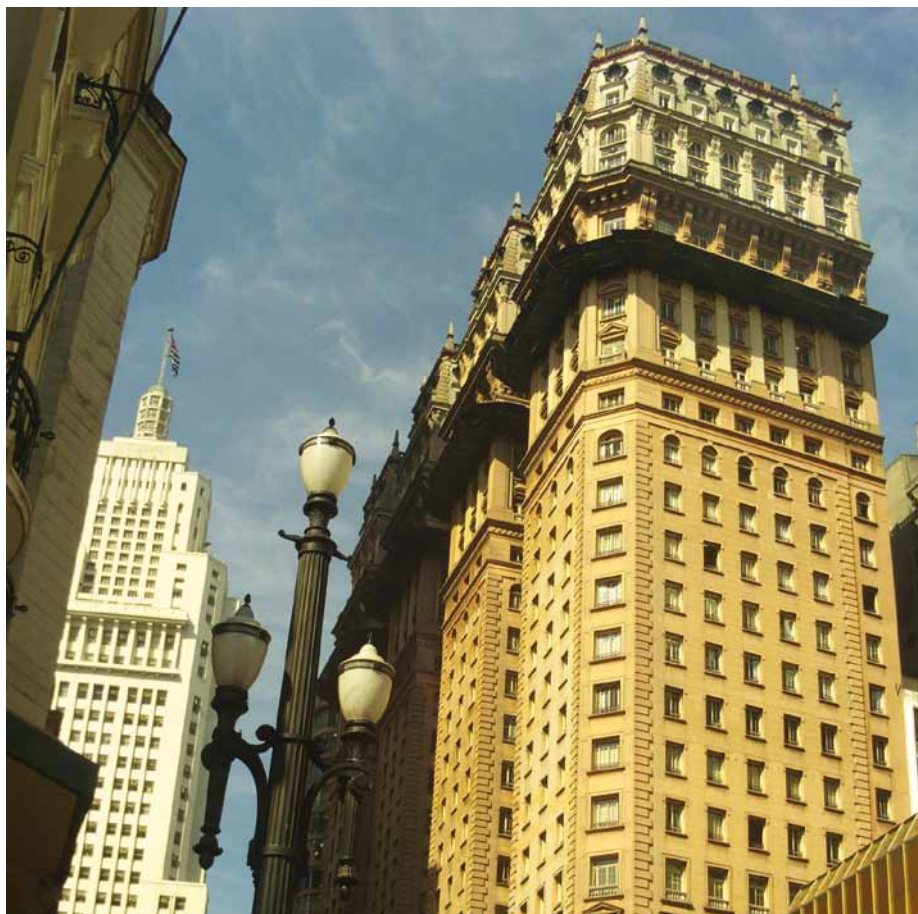
—A més, ClinHab coadjuva en la formació especialitzada de tècnics o professionals encarregats de tramitar o solucionar els problemes dels usuaris que utilitzen els seus serveis, que sovint són persones en risc d'exclusió social. Els cursos de formació a treballadors d'altres entitats públiques i privades pretenen donar resposta a la demanda creixent de tutela per part dels ciutadans, sovint immersos en una crisi sobrevinguda de la qual no saben com sortir.

—Finalment, però no menys important, l'experiència de ClinHab ha contribuït a delimitar millor els objectius de recerca del professorat implicat. Això es tradueix també en la tutorització de treballs de fi de grau que, lluny de consistir en meres aproximacions teòriques a qüestions jurídiques, plantegen alternatives innovadores en matèries com ara l'accés a l'habitatge (v. gr. la masoveria urbana), les lleis de segona oportunitat i els arguments a favor i en contra de la dació en pagament, o bé analitzen detalladament casos especialment complexos que s'han treballat a ClinHab.

L'experiència del treball de la Clínica, de naturalesa eminentment col·laborativa, fa que participin en les activitats i en el servei alumnes que no estan matriculats, però que entenen que aquesta és la millor alternativa per dur a terme unes pràctiques realment tutoritzades, i que, en general, s'estableixin llaços de contacte que es mantenen més enllà de la finalització dels estudis a la Facultat.

III. UN CAS REAL: A LA RECERCA DE L'HEREU...

Els problemes relacionats amb l'habitatge també poden originar-se *post mortem*, de manera que ClinHab no només



ha de resoldre els típicament vinculats a la titularitat d'un immoble, sinó que, addicionalment, també ha de tractar de donar resposta als que s'originen a conseqüència de la mort de qui n'era el propietari. El proppassat mes d'octubre de 2012, es va plantejar una consulta⁽²⁾ el supòsit de fet de la qual era el següent: segons el Registre de la Propietat, tres persones eren titulars d'una finca urbana gravada amb una hipoteca. Ara bé, creient que un dels cotitulars era només fiador, el deute dels el pagaven dos d'aquests tres cotitulars. Davant de problemes de liquiditat sobrevinguts que impediéssin continuar fent front al pagament de les quotes hipotecàries, els deutors que es consideraven titulars únics de la finca i de la hipoteca van demanar de negociar amb l'entitat bancària una moratòria (allargament dels terminis). Naturalment, després de consultar el Registre de la Propietat, on constava la triple titularitat de l'immoble, l'entitat bancària va exigir el consentiment dels tres propietaris. El problema era que un d'ells havia mort i, cal dir-ho, encara que aparentment sigui una dada circumstancial, el difunt era aquell a qui

tots consideraven fiador. *De facto*, podria haver estat així (perquè les quotes només les pagaven dos dels titulars i perquè les assegurances que garantien el pagament en cas de mort només havien estat requerides a aquests que, efectivament, pagaven el deute), però el cas és que això no era el que constava en el Registre de la Propietat, com s'acaba d'explicar fa un moment. En conseqüència, sense el consentiment d'aquest propietari o, per subrogació en la titularitat, sense el dels seus hereus, no es podien inscriure les noves condicions de la hipoteca (art. 12 LH).

Després de parlar amb ClinHab, no fou una moratòria el que es va acabar sol·licitant, sinó la dació en pagament, a la qual l'entitat bancària va accedir. Però això no canviava les coses. El problema continuava essent el mateix: en el Registre constava un titular que era mort i calia que fos el seu hereu qui atorgués el consentiment per a la dació (juntament amb la resta dels cotitulars), ja que, altrament, el prestamista no podia inscriure la seva titularitat quan se li fes dació de la finca.

Cal afegir que la qüestió es complicava, en aquest cas, perquè el cotitular mort era una senyora de nacionalitat armènia i, en conseqüència, hi intervenia un problema de Dret Internacional Privat. Per tant, d'entrada, calia saber quina era la llei que regia la successió del causant. Atès que va morir a Espanya, les normes de conflicte espanyoles determinen l'aplicació de la llei personal del causant (art. 9.2 i 9.8 CC): en aquest cas, el Dret armeni. És, doncs, d'acord amb el Dret armeni que es va haver de determinar quins eren els parents cridats a la successió, que eren els qui havien d'acceptar o repudiar l'herència en la qual, entre altres béns, es trobava la quota de propietat del pis hipotecat. En el cas concret, es tractava d'una única filla de nacionalitat irlandesa i que vivia a Irlanda.

ClinHab ofereix informació i orientació gratuïtes en matèria d'habitatge a tots aquells ciutadans que ho sol·liciten i s'integra dins el Projecte «De dret al Dret», de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona

La particularitat del supòsit de fet al qual ens acabem de referir va comportar una sèrie de perquisicions que tot seguit detallarem i que, avancem-ho ja, van cloure amb final feliç i, gràcies a l'ajuda dels notaris que van col·laborar en la resolució del cas,⁽³⁾ podríem dir que de manera relativament senzilla, per bé que no exempta de tràmits burocràtics enutjosos, especialment per a l'hereva. Tanmateix, amb independència del desenllaç real de la nostra història, convé amanir una mica el supòsit de fet imaginant què hauria succeït si no hagués estat evident qui era l'hereu designat i/o si aquest encara no hagués acceptat l'herència, tal com ha succeït en altres casos tractats a la Clínica. Per facilitar l'explicació, també imaginarem que el problema es desenvolupa en una òrbita purament nacional. Tractarem ara una hipòtesi de laboratori, perquè una de les finalitats de ClinHab també és, tal com s'ha avançat, orientar la recerca dels professors implicats en la resolució de problemes pràctics. I el que succeeix a la pràctica és, d'una banda, que sovint no es coneixen els hereus cridats i, de l'al-



tra, que, quan es coneixen, no sempre es mostren col·laboratius a l'hora d'acceptar o de repudiar. Això ens donarà pas a explicar el funcionament real de la *interrogatio in iure*, que, tal com es veurà, genera una quantitat gens menyspreable de resolucions (i no sempre orientades en el mateix sentit).

La major part de l'explicació que se segueix té una finalitat propedèutica i, segurament, no reportarà cap benefici substancial als lectors naturals de les pàgines d'aquesta revista, que és el col·lectiu de notaris. Tanmateix, no desistim de l'intent de fer-la per tal de cridar l'atenció sobre algunes qüestions que, vistes des d'una perspectiva acadèmica, no deixen de generar una certa perplexitat.

1. L'herència és jacent fins que l'hereu l'accepta

Quan una persona mor, es pot donar una situació en què no sabem ni quants ni qui són els hereus mentre ningú hagi acceptat l'herència. Es diu llavors que l'herència és jacent. Pot restar així indefinidament, fins a un màxim de trenta anys d'ençà de la mort del causant (art. 461-12.1 CCCat).⁽⁴⁾ El primer problema que planteja la situació d'herència jacent és determinar qui són els hereus cridats a la successió. I per a això hem de saber, en primer lloc, si l'herència és testada o intestada. Si el causant ha fet testament, els hereus són els designats pel testador. Si el causant no n'ha fet, la successió és intestada i els hereus cridats són les persones determinades legalment, segons un ordre que és diferent en el Codi Civil català i en l'espanyol, fonamentalment a conseqüència de la diferent posició del cònjuge vidu.

2. Com podem saber si la successió és testada o intestada i qui pot conèixer el contingut del testament

En general, el fet de saber si el causant ha atorgat testament és relativament fàcil, tant si el testador en té una còpia a casa com si es coneix el Notari davant del qual s'ha atorgat. A Espanya, això es pot saber a partir de la informació que proporciona el Registre de Darreres Voluntats, dependent del Ministeri de Justícia, que és on s'arxiven les comunicacions que els notaris envien al Col·legi de Notaris sobre els testaments au-

toritzats per ells, i que el Col·legi comunica a l'esmentat Registre.

La sol·licitud al Registre de Darreres Voluntats no es podrà fer fins que no hagin passat quinze dies (hàbils) des de la data de la mort, i cal aportar el certificat de defunció.⁽⁵⁾ Quan el certificat d'actes de darrera voluntat hagi de tenir efectes a l'estranger, cal que sigui legalitzat (mitjançant postil·la, si el país ha signat el Conveni de l'Haia, pel Ministeri d'Afers Exteriors).

Qui pot fer la sol·licitud per obtenir el certificat que ens informi si el difunt ha mort havent fet testament? La legitimació és de qualsevol interessat, que ho ha d'acreditar. En el cas que es va plantejar a ClinHab, no hi hauria d'haver hagut cap problema perquè tant l'entitat bancària, en tant que creditor, com els cotitulars de la finca haguessin pogut obtenir el certificat, si la testadora hagués atorgat testament a Espanya. Ara bé, el fet d'obtenir la notícia que hi ha un testament no ens informa del seu contingut. Això només ens ho pot dir el Notari, que ens n'haurà de facilitar una còpia. La pregunta és, doncs: qui pot obtenir aquesta còpia? D'entrada, els possibles hereus instituïts i totes les persones que acreditin un interès legítim (art. 226 RN). Tanmateix, entre elles no es consideren els creditors, tot i que, paradoxalment, aquestes persones hagin obtingut un certificat de darreres voluntats. Sembla que si els creditors volen saber qui són els hereus, han d'espavilar-se pel seu compte tot fent gestions, com ara anar al Registre Civil per saber qui són els familiars, anar al Registre de la Propietat per esbrinar si els hereus ja han acceptat i inscrit els immobles al seu nom o, potser, només per saber l'adreça del causant i, a partir d'aquí, poder continuar amb ulteriors indagacions. Els copropietaris de la finca tampoc no haurien pogut obtenir una còpia del testament, d'acord amb la doctrina fixada per la DGRN (Sistema Notarial) de 4 de maig de 2009, que, precisament, la nega en un cas de petició d'un cotitular inscrit al seu nom i al de la testadora.

A) Les particularitats del nostre cas

Afortunadament, en el nostre cas coneixíem el testament i els hereus. L'hereva era una filla que vivia a Irlanda i que, a més, havia acceptat l'herència a Espanya abans d'anar-se'n a aquell país, tal com constava en el document que ens va fer arribar. El

problema era que en l'acceptació d'aquesta herència no constava la tercera part de la finca en qüestió, per la qual cosa va semblar recomanable de fer una escriptura d'addició d'inventari on constés expressament aquesta quota. Efectivament, atès que l'acceptació no pot ser parcial (art. 461-2.1 CCCat), l'inventari ha de reflectir tots els béns que integren l'herència.

S'ha de tenir en compte que a la pràctica és molt freqüent que sovint no es coneguin els hereus cridats i que, tot i ser coneguts, no sempre es mostren col·laboratius a l'hora d'acceptar o repudiar l'herència

Un problema ulterior era que, tal com s'acaba d'esmentar, la filla hereva vivia a Irlanda i, naturalment, no tenia cap interès a desplaçar-se a Barcelona, ni per anar al Notari, ni per negociar amb l'entitat bancària la dació en pagament. La solució va passar per atorgar un apoderamentament als altres cotitulars per poder fer tant una cosa com l'altra. Els poders s'havien d'atorgar des d'Irlanda davant d'un Notari irlandès. I això és una mica complicat, perquè exigeix traducció jurada i postil·la (legalització) pel Ministeri d'Afers Exteriors irlandès. Al final, el document el vam fer nosaltres i, un cop tramitat, els copropietaris van poder anar a la Notaria, acceptar l'herència i liquidar l'impost de successions per aquest terç de la finca. Això va permetre inscriure la titularitat de l'hereva en el Registre de la Propietat i, a partir d'aquest moment, la dació en pagament ja no presentava cap problema.

B) Què hauria passat si l'hereva testamentària no hagués volgut acceptar voluntàriament? La *interrogatio in iure*

Tant a Espanya com a Catalunya, el mecanisme per comminar l'hereu a acceptar o repudiar una herència és la interpel·lació judicial (o *interrogatio in iure*). Aquest recurs només té sentit quan se sap qui és l'hereu instituït i aquest no diu res sobre l'acceptació o la repudiació. El deutor difunt del nostre cas tenia domicili a Barcelona, de manera que caldria haver sol·licitat al



Jutge de primera instància del seu darrer domicili (art. 52.1.4a LEC, art. 411-2 CCCat) que instés l'instituït hereu a acceptar o repudiar (art. 461-12.2 CCCat). Cal tenir en compte que, a Catalunya, aquest requeriment no es pot fer abans d'un mes a comptar de la delació als designats hereus, i que la delació no té per què coincidir amb la mort del causant.⁽⁶⁾ Per contra, en el Codi Civil espanyol, la *interrogatio* no es pot fer abans del transcurs de nou dies a comptar de la mort del causant (art. 1004 CC). En realitat, si es té en compte que el certificat de darreres voluntats no es pot obtenir fins passats quinze dies, a la pràctica sovint serà aquest termini el que s'observi.

S'haurà de requerir personalment l'hereu si se'n coneix l'adreça, una adreça que, si no és coneguda, el Jutge haurà d'investigar per tots els mecanismes que preveu la LEC quan regula les notificacions (art. 156 LEC). Si no se'n coneix el domicili, s'haurà de fer una comunicació per edictes (art. 156.4 i 164 LEC). Això darrer pot comportar problemes d'indefensió. Per això, l'AAP Barcelona (Secció 19a) de 15 de maig de 2006 deixa sense efecte la resolució que donava validesa al silenci del demandat, tenint en compte que, en el Dret català, el silenci té un efecte dràstic, que equival a la repudiació de l'herència:⁽⁷⁾

En el presente caso, cierto resulta que se ha tratado de obtener por los medios ordinarios del Juzgado de instancia la efectiva notificación personal al llamado Salvador a fin de poder manifestar si aceptaba o repudiaba la herencia indicada. Así constan en las actuaciones las averiguaciones policiales, todas ellas con resultado negativo. Atendida la especialidad que consigna tanto el art. 28 del Codi de Successions como el art. 257 de la Compilación de Derecho Civil, así como los efectos y consecuencias relevantes para el heredero llamado, pues transcurrido el plazo otorgado por el Juzgado sin que acepte la herencia se considerará que la repudia, entendemos a la vista de las circunstancias del caso, tal y como destaca la propia resolución recurrida, que existen dudas razonables y poderosas en orden a tener por acreditado que el llamado ha tenido real conocimiento del llamamiento, y en atención a la trascendencia y virtualidad de ese real conocimiento, con las consecuencias tan trascendentes que conlleva, entendemos que no es posible acudir al extraordinario sistema de la citación edictal a estos efectos, ratificándose de este modo la resolución de instancia.

La *interrogatio* és un procediment de jurisdicció voluntària que únicament permet preguntar si el cridat accepta o repudia i en el qual no són possibles altres pronunciaments, com ara «accepto l'herència, però no

accepto l'inventari per ésser incomplet», o bé «accepto l'herència sempre que els diners del cabal relicte s'imputin al pagament del préstec hipotecari del causant». A banda que l'acceptació condicional no és possible (art. 461-2.1 CCCat), determinades qüestions han de quedar per a un judici declaratiu posterior, segons l'AAP Girona (Secció 2a) de 16 d'octubre de 2000.⁽⁸⁾ Per tant, no és possible que aquests arguments siguin reputats com a causes d'oposició i que, en conseqüència, el procediment es torni contenciós. Són nombroses les resolucions de les audiències que entenen que l'art. 1817 LEC només permet convertir en contenciós l'expedient de jurisdicció voluntària quan l'oposició fa inviable la resolució del Jutge. Ara bé, segons l'AAP Girona (Secció 1a) de 24 de gener de 2012,⁽⁹⁾ qui insta l'expedient no exerceix cap acció declarativa o de condemna, sinó que únicament persegueix una declaració de voluntat prevista a la llei. Per això, en la mateixa línia, l'AAP Barcelona (Secció 13a) de 18 d'abril de 2012⁽¹⁰⁾ afegeix que l'oposició només és procedent quan el demandat exerceix un dret subjectiu davant de qui promou l'expedient. Segons les esmentades resolucions, aquest no és mai el cas en la *interrogatio*, que té una naturalesa purament coercitiva i on l'oposició contradiria la mateixa naturalesa de l'acte. També resol les coses en el mateix sentit l'AAP Barcelona (Secció 17a) de 19 de juliol de 2012,⁽¹¹⁾ que, tanmateix, esmenta altres resolucions que es pronuncien en sentit divers —així, AAP Barcelona (Secció 17a) de 30 de setembre de 2009⁽¹²⁾ i AAP Barcelona (Secció 14a) de 13 de gener de 2006.⁽¹³⁾ D'altra banda, per molt que s'afirmi que s'escapa de l'àmbit de cognició del procediment d'*interrogatio* la dilucidació sobre la possible acceptació tàcita o presumpta que el requerit hagués fet durant la litispendència i que la voluntat del cridat es dedueix exclusivament de la seva actuació processal —AAP Barcelona (Secció 11a) de 7 de setembre de 2011—⁽¹⁴⁾ (ha d'acceptar davant del Jutge o bé aportar escriptura pública d'acceptació davant de Notari), de vegades, l'aportació de documents que poden ser indicis d'acceptació tàcita (v. gr. l'aportació d'una escriptura de venda d'un pis de l'herència, atorgada en tant que hereu) ha permès concloure que el procediment es torna contenciós —SAP Barcelona (Secció 14a) de 13 de gener de 2006.⁽¹⁵⁾

Des del punt de vista processal, el Jutjat ha de fer un requeriment: acte de comunicació judicial que implica ordenar,



conforme a la llei, una conducta o inactivitat (art. 149.4 LEC). En aquest cas, el Jutge requereix el delat per tal que emeti un pronunciament sobre la seva voluntat d'esdevenir hereu, l'informa del termini que té per fer-ho i de quines són les conseqüències si no diu res. En el Dret català, el cridat té dos mesos per manifestar si accepta o repudia, i la jurisprudència admet que no cal que comparegui personalment, perquè pot fer-ho a través d'un representant —SAP Barcelona (Secció 1a) de 19 de maig de 2009.⁽¹⁶⁾ Si només se cita el delat per «escoltar» la seva opinió (ex art. 1813 LEC) i se li dóna un termini «de tres dies» per comparèixer, la tramitació es considera anòmala i incorrecta —AAP Barcelona (Secció 16a) de 25 de novembre de 2004.⁽¹⁷⁾

Segons la jurisprudència, el termini de dos mesos és un termini processal de preclusió (art. 136 LEC i AAP Barcelona de 22 d'abril de 2009)⁽¹⁸⁾ que, en conseqüència, no admet interrupció, suspensió o pròrroga (així, per als terminis processals establerts per la LEC, art. 134 LEC). Això no obstant, en algun cas s'ha admès la suspensió; en concret, en un supòsit en què el cridat havia sol·licitat el nomenament d'Advocat i Procurador pel torn d'ofici.⁽¹⁹⁾ D'altra banda, hi ha resolucions que, un cop denegats els motius d'oposició del demandat al requeriment, tornen a fixar un nou termini al delat, com si s'hagués interromput a conseqüència del recurs del requerit.⁽²⁰⁾

Tant a Espanya com a Catalunya, el mecanisme per comminar l'hereu a acceptar o repudiar una herència és la interpel·lació judicial (o *interrogatio in iure*) que només té sentit quan se sap qui és l'hereu instituït i aquest no diu res sobre l'acceptació o la repudiació

En la Compilació, el termini que tenia el delat per manifestar la seva voluntat d'acceptar o repudiar l'herència era de trenta dies (prorrogables judicialment per justa causa), i la *interrogatio* no es podia exercir fins passats nou dies des de la mort del causant (art. 257 CDCC). Addicionalment, l'interrogat podia com-

parèixer i sol·licitar dret per tal de deliberar (art. 259 CDCC). El Codi de Successions va suprimir la possibilitat que el delat sol·licités d'acollir-se al dret a deliberar (una possibilitat que encara admet l'art. 1015 CC), que ja es podia considerar obsolet en el moment de la promulgació de la Compilació,⁽²¹⁾ però va ampliar el termini de deliberació imposat judicialment a seixanta dies i el *dies a quo* per instar la *interrogatio* s'iniciava partir dels trenta dies d'ençà que el delat hagués tingut coneixement de la delació (art. 28.2 CS). Tant en la Compilació com en el Codi de Successions, eren dies naturals. El Codi Civil català no varia aquest plantejament, però ja no es pronuncia en dies, sinó en mesos (art. 461-12 CCCat). Els terminis de nou dies i (màxim de) trenta dies són igualment adoptats en els art. 1004 i 1005 CC, sense especificar-ne la naturalesa. Ara bé, tant si el termini ve fixat per dies com per mesos, el sistema de còmput és processal. Els terminis per a les actuacions judicials s'han de computar d'acord amb el que preveu la LEC. La regla general és que, en el còmput dels terminis assenyalats per dies, s'han d'excloure els inhàbils (art. 133.2 LEC), i si el termini s'assenyala per mesos, el còmput s'hauria de fer de data a data (art. 133.3 LEC), tenint en compte que si

en el mes de venciment no hi ha un dia equivalent a l'inicial del còmput, el termini expira l'últim dia del mes i que, en qualsevol cas, els terminis que acabin en diumenge o dia inhàbil s'entenen prorrogats fins al dia hàbil següent (art. 133.4 LEC). De tota manera, la *interrogatio* és un procediment de jurisdicció voluntària i, en aquesta matèria, ha de prevaler el que encara disposa la LEC 1881. Llavors són hàbils tots els dies i totes les hores (art. 1812 LEC) —AAP Barcelona (Secció 13a) de 22 d'abril de 2009.⁽²²⁾

Atès que, tal com s'ha dit, el termini per acceptar o repudiar és preclusiu, un cop vençut, qualsevol acte posterior de l'interrogat manifestant expressament o tàcita l'acceptació (v. gr. presentació de còpia simple d'atorgament de l'escriptura de llegat, de data molt posterior al transcurs del termini) no serveix per enervar els efectes ja produïts —AAP Barcelona (Secció 11a) de 29 de juny de 2007.⁽²³⁾

Els qui poden promoure l'expedient són els «interessats» en la successió. Naturalment, entre aquests «interessats» cal comptar els cohereus, legataris, substituïts, legitimaris o qualsevol vocat que rebria la delació en defecte de l'ac-





tual titular de l'*ius delationis*. També són interessats els creditors de l'hereu i del causant, tot i que per a aquests darrers la qüestió és menys rellevant, si resulta que ja poden dirigir les seves pretensions contra l'herència jacent (art. 6.1.4 LEC) i obtenir contra ella (i els hereus desconeguts) una sentència de condemna.⁽²⁴⁾ L'AAP Barcelona (Secció 16a) de 28 de juliol de 2006⁽²⁵⁾ resol un cas en què el creditor va demandar l'herència jacent i, només després de conèixer el contingut del testament, demandava també els instituïts, però amb la precisió que prèviament se'ls requerís per tal que manifestessin si acceptaven o repudiaven, amb la finalitat de saber exactament quina era la part demandada. Atès que el Jutjat condemnava en rebel·lia tant l'herència jacent com els cridats com a hereus, aquests van recórrer la decisió argumentant en contra de la incorrecta constitució de la demanda pel que feia a la seva qualitat d'hereus, un argument que acceptà l'Audiència, tot adduint, *en passant*, que no seria així, encara que aquesta manera d'actuar fos considerada un cas anòmal d'*interrogatio in iure* (perquè l'efecte seria la repudiació). Posteriorment, l'AAP Barcelona (Secció 14a) de 31 de gener de 2013 ja li deixa clar a un legitimari que aquest expedient no és apte per tal que l'hereu comparegui i digui si ha acceptat o no l'herència, si resulta que la seva única pretensió és saber contra qui ha d'adreçar una demanda per impugnar el desheretament fet pel causant. A l'efecte, s'indica que cal recórrer a les diligències preliminars de l'art. 256.1.1 LEC.⁽²⁶⁾

Entre els legitimats per instar la *interrogatio*, l'art. 1005 CC fa referència a «tercers interessats». Segons el dictamen de l'Advocat de l'Estat de 15 de febrer de 2005,⁽²⁷⁾ l'expressió, literalment interpretada, exclouria a qui no és tercer, això és, els cridats a la successió, com ara els cohereus, o altres persones que haurien de succeir en defecte del cridat. Contra aquesta interpretació literal i d'acord amb la jurisprudència de les audiències i la doctrina,⁽²⁸⁾ l'Advocat de l'Estat conclou que *tercer interessat* és tot aquell «que pugui al·legar i justificar el seu interès legítim en què s'arribi a la determinació de la persona que hagi d'assumir les titularitats del difunt». Entre els legitimats, inclou el marmessor i també els creditors de l'hereu (en el cas con-

cret, l'Agència Estatal de l'Administració Tributària). En pro d'això (la legitimació dels creditors de l'hereu), aporta arguments sistemàtics sobre la relació entre els art. 1001 i 1005 CC que demostrarien la incongruència que suposaria permetre al creditor personal oposar-se a la renúncia feta en perjudici seu però no, en canvi, evitar la pendència d'aquest pronunciament, mitjançant la *interrogatio*, durant el llarg temps que té el cridat per acceptar o repudiar. L'Advocat de l'Estat al·lega, com a argument de reforç, la possible prescripció dels crèdits en l'interim. Aquest és un extrem que a Catalunya no planteja dubtes, tota vegada que l'art. 461-12.2 CCCat deixa clar que entre les persones interessades en la successió es troben els creditors de l'hereu.

El termini per acceptar o repudiar és preclusiu, un cop vençut, qualsevol acte posterior de l'interrogat manifestant expressament o tàcita l'acceptació no serveix per enervar els efectes ja produïts

Ja s'ha dit que, en el Dret Civil català, els efectes de la *interrogatio* quan el cridat no compareix o bé compareix però no respon a allò que se li demana equivalen a la repudiació de l'herència. És així encara que l'hereu hagi acceptat prèviament en escriptura pública, si resulta que no ho comunica al Jutjat, o, fins i tot, encara que hagi acceptat tàcitament, si després no reitera aquesta acceptació verbalment o mitjançant un document privat davant del Jutge. Atès que el judici de jurisdicció voluntària no comporta cosa jutjada, s'obre la possibilitat d'un judici ulterior (en el seu cas, per conversió en contencions del de jurisdicció voluntària, segons l'especial percepció del Jutge en cada cas) en el qual s'hagi de dirimir qui és, en realitat, l'hereu real i qui l'hereu aparent. El Codi Civil espanyol no imposa el condicionament relatiu a l'escriptura pública, i fins i tot la doctrina admet que no cal que l'acceptació tingui lloc davant del Jutge, tot i reconèixer que això seria el més operatiu;⁽²⁹⁾ en tot cas, la discussió sobre aquest extrem perd bona part del seu sentit si es té en compte que en el

Codi Civil el silenci equival a acceptació (art. 1005 CC), una acceptació que, en tot cas, no priva l'hereu d'acollir-se posteriorment al benefici d'inventari (art. 1016 CC). A Catalunya, l'acceptació com a efecte només té lloc quan el cridat és menor d'edat o incapacitat; llavors, l'acceptació és a benefici d'inventari per disposició legal (art. 461-12.3 i 461-16 CCCat). S'ha justificat aquesta solució pel fet de considerar que es pressuposa que aquest és l'interès contrari al del representant legal, que és el directament interpel·lat.⁽³⁰⁾ Efectivament, el menor o l'incapacitat no ha de patir les conseqüències negatives derivades de la passivitat dels seus representants. Per això, si la *interrogatio* es fa quan el delat encara és menor, però, pel fet de no pronunciar-se el representant, els efectes s'han de produir un cop transcorregut el temps fixat judicialment i resulta que aquell menor ja és major d'edat, s'imposaria igualment l'acceptació a benefici d'inventari i no la repudiació.

La repudiació com a efecte legal del silenci és la regla general, tant si el delat compareix i calla com si es manté en rebel·lia. Els efectes són únics i iguals per a tots els interessats que insten la *interrogatio*. La repudiació és tractada com una sanció al comportament del delat,⁽³¹⁾ sigui quin sigui, i prescindeix dels interessos contraposats de les persones que insten el requeriment. D'acord amb la tradició jurídica catalana majoritària,⁽³²⁾ potser hauria estat millor especificar que «*hom entén repudiada l'herència*» només en relació amb els substituïts vulgars o fideïcomissaris (art. 425-1.1, 425-3, 426-7 i 426-8 CCCat) o amb els cohereus, en una situació de comunitat, als quals sí que interessa que, transcorregut el termini d'acceptació o repudiació, l'herència es tingui per repudiada (com a valor de silenci). Als creditors de l'hereu, els efectes del seu silenci no els reporta cap utilitat. Davant la repudiació, hauran de procurar-se la satisfacció per altres mecanismes, entre ells, el que proporciona l'art. 461-7 CCCat (repudiació en perjudici dels creditors). També als legataris, als legitimaris i als creditors de l'herència els reportaria més benefici que aquesta es reputés com a acceptada: d'una banda, per evitar els problemes que pot comportar el fet d'escatir qui és l'hereu cridat següent i, de l'altra, per evitar una situació de jacència que els pot comportar un considerable retard en la



satisfacció de les obligacions del causant, les llegítimes i els llegats, que no s'extingirien, sinó que subsistirien a càrrec del delat següent (art. 411-1, 461-11, 427-8.3 i 441-2.1 CCCat), si no és que, tocant els llegats, aquest hagués estat imposat a un gravat determinat amb caràcter personalíssim (art. 427-8.3 CCCat). Si així fos, és evident que el legatari tindria un motiu addicional per defensar que el silenci no s'hauria de sancionar amb la repudiació de l'hereu.

La *interrogatio in iure* al legatari també comporta la repudiació del llegat davant del seu silenci (art. 427-16.7 CCCat). Aquest és l'únic efecte possible, si es té en compte que l'acceptació del legatari només consolida la seva adquisició (art. 427-16.1 CCCat) i, per tant, la delació només comporta, en realitat, un *ius repudiandi*. Precisament per això (a diferència del que succeeix amb la *interrogatio* al cridat a títol d'hereu), només poden exercir la *interrogatio* els interessats en la repudiació, com són el substitut vulgar en el llegat, col·legataris amb dret d'acréixer, creditors de l'hereu o el mateix hereu gravat. L'únic que fan aquestes persones és imposar un termini d'exercici a aquest *ius repudiandi*. La solució legal de tenir el llegat per repudiat no és il·lògica, malgrat les crítiques doctrinals que entenen que hauria estat preferible que la *interrogatio* tingués l'efecte de consolidar l'adquisició del legatari.⁽³³⁾

Si per la repudiació de l'hereu interrogat l'herència s'ha de deferir *ab intestat*, prèviament caldrà que els hereus *ab intestat* estiguin declarats.⁽³⁴⁾

C) Com poder saber qui són els hereus *ab intestat*?

Tant en el cas que l'herència s'hagi de tenir per repudiada i, a manca d'altres cridats en el testament, procedeixi l'obertura de la successió intestada, com si, d'entrada, resulta que del Registre General d'Actes de Darrera Voluntat consta que el difunt no havia atorgat testament, què cal fer? Com a regla general, caldrà fer una declaració d'hereus *ab intestat* com a pas previ a la *interrogatio*, en el cas que els hereus així declarats no acceptin voluntàriament l'herència. Aquesta declaració serà judicial o notarial, segons el grau de paren-

tiu: descendents, ascendents i cònjuge poden ser declarats hereus pel Notari (art. 979 LEC); més enllà (germans, oncles i cosins), pel Jutge (art. 980 LEC). El Notari és competent per fer una acta de notorietat de declaració d'hereus *ab intestat* d'un causant estranger domiciliat a Espanya.⁽³⁵⁾

El dictamen combina realitat i ficció, amb la voluntat de mostrar problemes pràctics i les seves solucions. Als autors del dictamen ens ha servit per constatar allò que ja sabíem, que la realitat sempre és més complicada del que la freda lletra de la llei dona a entendre

La pregunta concreta és: els cotitulars de la finca hipotecada podrien haver sol·licitat la declaració d'hereus *ab intestat*? Si la declaració l'ha de fer el Notari, sembla que no, perquè el Notari, a diferència del Jutge, no pot fer investigacions a propòsit de qui són els hereus, ni cominar ningú a anar a la Notaria. Per tant, els cotitulars s'haurien hagut d'espavilar a trobar els hereus i convèncer-los que hi anessin voluntàriament perquè el Notari els pogués declarar hereus. Podien saber-ho, per exemple, anant al Registre Civil i comprovant si tenia fills, si estava casat, etc. De tota manera, seria versemblant pensar que si els cotitulars saben qui és l'hereu i porten al Notari un testimoni de la relació de parentiu, aquest sí que podria citar-lo a la Notaria per procedir a fer la declaració.

Per tal que el Notari pugui declarar la qualitat d'hereu cridat a la successió intestada, cal aportar: el certificat de la mort del causant; el certificat del Registre General d'Actes de Darrera Voluntat del causant; el llibre de família del causant o bé els certificats del Registre Civil que acreditin l'existència del matrimoni o de fills, i la declaració de dos testimonis que afirmen que són certs els fets que consten en l'acta de declaració d'hereus. Aquests testimonis podrien ser parents del difunt (per consanguinitat o per afinitat), sempre que no

tinguin interès directe en la declaració (art. 209 bis, 4 i 5 RN).

Altrament, s'haurà d'anar al Jutge. El Jutge que tingui coneixement que una persona ha mort sense testament i sense parents ha d'iniciar les indagacions necessàries per tal de saber qui en són els hereus (art. 791 LEC), a base d'interrogar amics i veïns o qualsevol persona que pogués ésser parent. En última instància, la citació es farà per edictes. Pot fer aquestes indagacions d'ofici, però també a instància del Ministeri Fiscal (si al capdavant els béns poden anar a parar a l'Estat o a la Generalitat, el Ministeri Fiscal té interès a escatir si el causant deixa hereus) o de qualsevol interessat, i entenem que perfectament també podrien ser-ho, en el nostre cas, els cotitulars de la finca (art. 978 LEC).

Si els hereus es presenten i són descendents, ascendents o cònjuge, probablement el Jutge els dirà que passin per la Notaria; en un altre cas, declararà hereus aquells que es presentin. Si ningú no es presenta o els presentats no són reconeguts pel Jutge, l'herència es declararà vacant.

IV. REFLEXIONS FINALS

En les pàgines precedents, s'ha exposat un model de dictamen que permet veure algunes de les consultes que arriben a ClinHab. En aquest cas, el dictamen combina realitat i ficció, amb la voluntat de fer palesos altres problemes pràctics en els quals podria haver derivat la consulta. La voluntat és donar a conèixer als estudiants, d'una banda, la identificació del problema; de l'altra, els passos que cal donar per resoldre'l, i, finalment, les possibles solucions. Al seu torn, l'exposició havia de servir als tècnics de la Generalitat que van assistir a les sessions de formació per tenir eines a l'abast davant de problemes idèntics o semblants. Als autors del dictamen ens ha servit per constatar allò que ja sabíem, això és, que la realitat sempre és més complicada del que la freda lletra de la llei dona a entendre.

(1) Per a les dades concretes, vegeu el Departament d'Estadística de l'Ajuntament de Barcelona (<http://www.bcn.cat/estadistica/catala/dades/economia/renda/hp/t21.htm>), que, des del 2008 i fins al 2013, desglossa per a cada any el nombre



d'hipoteques, l'import global mensual i anual i l'import mitjà per mes i any. Les dades es refereixen tant al total de les finques urbanes com, separatament, al total d'habitatges, solars i altres finques urbanes. Aquí s'ha extret l'import mitjà del total d'hipoteques constituïdes sobre habitatges a base de calcular els imports mitjans anuals en el període 2008-2013.

- (2) Discutida col·lectivament, tanmateix, la interlocutora principal va ésser la Doctora Miriam Anderson.
- (3) Reiterem l'agraïment al Doctor Àngel Serrano i al senyor Antonio Longo, tots dos notaris de Barcelona.
- (4) El termini quedarà suprimit si s'aprova la proposta de modificació del paràgraf 1r de l'art. 461-12: «*El dret del cridat a acceptar o repudiar l'herència no està sotmès a termini*». Vid. BOPC núm. 190, de 18 de novembre de 2013, pàg. 24.
- (5) Art. 5.2.3r, Annex II, RN.
- (6) Cal fer notar la incorrecta redacció de l'art. 461-12.2 CCCat, on el pronom *llur* (que es refereix als interessats en la successió) ha de ser substituït per l'expressió *al seu favor*, això és, «a favor del cridat». Ho fan notar, encertadament, Joan Egea Fernàndez i Josep Ferrer Riba, *Codi Civil de Catalunya i legislació complementària amb notes de concordança i jurisprudència*, 14a ed., Ed. EUB, Barcelona, 2011, pàg. 472 (nota de concordança a l'art. 461-12 CCCat).
- (7) AC 2006/1902. Ponent: Miguel Julián Collado Nuño.
- (8) Ponent: Juan Manuel Abril Campoy (JUR 2011/43544).
- (9) Ponent: Fernando Ferrero Hidalgo (Repertori Cendoj).
- (10) Ponent: Juan Bautista Cremades Morant (Repertori Cendoj).
- (11) Ponent: Maria Sanahuja Buenaventura (JUR 2012/394882).
- (12) Ponent: José Antonio Ballester Llopis (Repertori Cendoj).
- (13) Ponent: Francisco Javier Pereda Gámez (Repertori Cendoj).
- (14) Ponent: Antonio Gómez Canal (JUR 2011/362175).
- (15) Ponent: María del Carmen Vidal Martínez (Repertori Cendoj).
- (16) Ponent: Enrique Alavedra Farrando (Repertori Cendoj).
- (17) Ponent: Jordi Seguí Puntas (JUR 2005/21565).
- (18) Ponent: Fernando Utrillas Carbonell (JUR 383882).
- (19) Crític amb el Jutjat d'instància, *vid.* AAP Barcelona de 7 de setembre de 2011. Ponent: Antonio Gómez Canal (JUR 362175): «[...] sucesivos avatares, que han

interrumpido ese plazo de manera inusitada [...]».

- (20) Vid. els relats dels fets que donen lloc a l'AAP Barcelona (Secció 13a) de 18 d'abril de 2012. Ponent: Juan Bautista Cremades Morant (Repertori Cendoj). També l'AAP Girona (Secció 1a) de 24 de gener de 2012. Ponent: Fernando Ferrero Hidalgo (Repertori Cendoj).
- (21) Ramon Faus Esteve i Francisco Condomines Valls, *Derecho Civil especial de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960 anotada*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1960, pàg. 268: «*Excede de lo anecdótico, y por consiguiente es importante tenerlo en cuenta, que durante las deliberaciones de la Comisión de Ponentes, estos estuvieron de acuerdo en no haber presenciado durante la larga experiencia profesional de todos y cada uno, ni un solo caso de ejercicio del derecho a deliberar, aunque sí bastantes del beneficio de inventario*».
- (22) Ponent: Fernando Utrillas Carbonell (JUR 383882).
- (23) Ponent: José Antonio Ballester Llopis (JUR 2007/276934).
- (24) STJC de 3 d'octubre de 2005 (RJ 2006/1008). Ponent: María Eugenia Alegret Burgués.
- (25) Ponent: Jordi Seguí Puntas (JUR 2007/70853).
- (26) Ponent: Enrique Alavedra Farrando (Repertori Cendoj).
- (27) JUR 2007/351440.
- (28) Vid. l'àmplia relació detallada per Esteve Bosch Capdevila, «Comentario al art. 1005 CC», a Ana Cañizares Laso (et al.) (dir.), *Código Civil comentado*, II, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pàg. 1524-1525.
- (29) Esteve Bosch Capdevila, «Comentario al art. 1005 CC», a Ana Cañizares Laso (et al.) (dir.), *Código Civil comentado*, II, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pàg. 1526-1527.
- (30) Anna Casanovas Mussons, «Comentari a l'art. 461-13 CCCat», a Joan Egea Fernàndez i Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pàg. 1492-1493.
- (31) Esteve Bosch Capdevila, «Comentario al art. 1005 CC», a Ana Cañizares Laso (et al.) (dir.), *Código Civil comentado*, II, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pàg. 1527, entén preferible aquesta solució (la repudiació) a la del Codi Civil espanyol (l'acceptació), perquè considera que l'art. 1005 CC no lliga amb la idea que l'acceptació de l'herència requereix un acte exprés. Ara bé, el mateix cal dir de la repudiació (art. 1008 CC). Si la llei preveu uns determinats efectes, siguin

quins siguin aquests, és precisament per suplir la inactivitat del delat o com a sanció al seu comportament (art. 1002 CC). Segurament, l'opinió de l'autor està condicionada pel fet que la Compilació navarresa imposa l'acceptació com a efecte del silenci en un sistema en què l'herència ja s'entén adquirida *ipso iure* des del moment de la mort del causant (Llei 315 FNN). En contra, es podria al·legar que el Dret català preveu exactament l'efecte contrari per al cas que el destinatari de la *interrogatio in iure* sigui el legatari (que també adquireix *ipso iure* des de la mort del causant i, tanmateix, el seu silenci se sanciona amb la repudiació). En realitat, la solució hauria de dependre dels interessos de les persones que insten la *interrogatio*, tal com s'argumenta en el text.

- (32) Sobre el particular, *vid.* Esther Arroyo Amayuelas, *L'Estatut jurídic del curador en el Codi de Successions*, Ed. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2001, pàg. 38 (per a la doctrina del *ius commune*) i pàg. 273 (per a la doctrina catalana del segle XIX).
- (33) Així, Antoni Mirambell Abancó, «Els Llegats. La nova regulació segons la Llei 49/1191, de 30 de desembre: Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya», a Àrea de Dret Civil UdG (coord.), *El nou Dret Successori de Catalunya*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pàg. 120. També Antoni Mirambell Abancó, «Comentari a l'art. 427-17 CCCat», a Joan Egea Fernàndez i Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, I, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pàg. 802. En canvi, favorable a la interpretació que aquí es dóna és Àngel Serrano de Nicolás, «Els Llegats», a Adolfo Lucas Esteve (dir.), *Dret Civil català*, III: *Dret de Successions*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2010, pàg. 270.
- (34) Això no obstant, en un cas evident en què un fill del causant va repudiar l'herència testada i fou igualment cridat com a hereu en la intestada, l'AAP Barcelona (Secció 1a) de 27 de desembre de 2010 (Ponent: Maria Dolors Portella Lluch) va admetre la legitimació de l'esmentat fill per rebre la *interrogatio*, malgrat que no s'havia fet la declaració d'hereus intestats: «[...] condicionar la viabilitat de la *interrogatio* a la pretesa declaració d'hereus ab intestat podria perjudicar el dret del creditor a defensar el seu crèdit».
- (35) RDGRN de 18 de gener de 2005 (reproduïda a *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 46, 2006, pàg. 139 i s., amb nota d'Isidoro Antonio Campo Vidal).

La necessària reforma del contracte de préstec

María Paz Sánchez Sánchez
Notària de Madrid

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. LA TRANSPARÈNCIA: CONCEPTE JURÍDIC INDETERMINAT. «THE MARKET FOR LEMONS»
- III. L'INTERÈS
- IV. REFORMES PROPOSADES
- V. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓ

Un clamor popular, conseqüència de la crisi econòmica que patim, demana la reforma del contracte de préstec. Analitzarem els contractes que representen operacions d'actiu, aquelles en les quals el banc presta al client. És a dir, en les quals el client resulta deutor. Les normes sobre transparència haurien d'aplicar-se a tots els contractes de finançament, tant si designen el prestatari *consumidor*, com *emprenedor*, *empresari*, *deutor hipotecari* o, com diu la proposta de Codi Mercantil seguint l'expressió d'Alberto BERCOVITZ⁽¹⁾, *operador econòmic* o *operador del mercat*. Tots tenen dret a una informació veraç i uniforme que els permeti comparar abans de decidir.

L'estudi que realitzem es refereix als contractes designats en la proposta de Codi



Mercantil elaborada per la Secció de Dret Mercantil de la Comissió General de Codificació, contractes financers, «tots els contractes que tenen com a objecte els diners no com a mitjà de pagament o compliment de l'obligació, sinó com a "objecte directe" del contracte». I els defineix a l'art. 571-1 dient que: «Són contractes financers aquells pels quals, tenint per objecte una quantitat de diners de curs legal, una o les dues parts concedeixen o faciliten a l'altra, de manera directa o indirecta,

finançament monetari en la forma, el termini o els termes que estipulin, a canvi d'un preu».

II. LA TRANSPARÈNCIA: CONCEPTE JURÍDIC INDETERMINAT. «THE MARKET FOR LEMONS»

La transparència del mercat de crèdit és el corol·lari econòmic del dret d'informació dels que hi intervenen. Un mercat

FITXA TÈCNICA



Resum: L'estudi que realitzem es refereix als contractes designats en la proposta de Codi Mercantil elaborada per la Secció de Dret Mercantil de la Comissió General de Codificació, contractes financers, «tots els contractes que tenen com a objecte els diners no com a mitjà de pagament o compliment de l'obligació, sinó com a "objecte directe" del contracte». Analitzarem els contractes que representen operacions d'actiu, aquelles en les quals el banc presta al client. És a dir, en les quals el client resulta deutor. Les normes sobre transparència haurien d'aplicar-se a tots els contractes de finançament, tant si designen el prestatari *consumidor*, com *emprenedor*, *empresari* o *deutor hipotecari*.

Paraules clau: Contracte de préstec, consumidors, bancs, deutors hipotecaris, transparència.

Abstract: This study concerns the contracts defined as being financial contracts in the draft Commercial Code drawn up by the Commercial Law Section of the General Codification Commission: 'all contracts for which the subject-matter is money, not as a method of payment or performance of the duty, but rather as the "specific subject-matter" of the contract'. We shall examine contracts which represent asset transactions, in which the bank lends to the client resulting in the client becoming a debtor. The rules on transparency ought to apply to all finance contracts, irrespective of whether the borrower is referred to as the consumer, entrepreneur, business proprietor or mortgagor.

Keywords: Loan contracts, consumers, banks, mortgagors, transparency.

transparent és aquell en el qual tots els participants tenen informació exacta i sense cap cost. És a dir, en el qual oferents i demandants coneixen el preu i les característiques del producte que s'ofereix al mercat, que en aquest cas és el crèdit. Hauria de resultar senzill calcular el preu del préstec, doncs l'objecte del contracte és una quantitat de diners, el preu o interès es paga en diners, i aquest és fungible. En la pràctica, però, no ho és. La retribució del prestador (denominada als contractes *interessos*, *comissions*, *compensació per desistiment*, *despeses d'estudi* i un llarg etcètera, fruit d'un gran esforç creatiu) pot calcular-se de moltes maneres. Per aquesta raó, en no existir una manera uniforme de determinar la prestació a favor del creditor, no resulta fàcil per al deutor triar el préstec que millor satisfaci els seus interessos legítims. El consumidor sol confondre interès nominal i cost real del crèdit. D'aquí la necessitat d'un preu únic, i aquest preu únic calculat de la mateixa manera en tota la Unió Europea és la TAE.

Lluny de ser transparent, el mercat de crèdit presenta informació asimètrica. Oferents i demandants no tenen el mateix grau de coneixement. L'any 1970, George A. AKERLOF va descriure els efectes produïts a conseqüència dels diferents graus d'informació que posseeixen les dues parts que negocien un contracte. Ho va fer en un article de tretze pàgines, «The Market for "Lemons"»⁽²⁾. En aquest context, *lemon* no significa «llimona», si-

nó «trasto» o «ferralla». En aquest treball, analitza la influència de la informació asimètrica en els mercats. Per al seu estudi, va triar el mercat de cotxes usats, no per la importància que té, sinó perquè resulta molt senzill per entendre la informació asimètrica, diu l'autor.

En el mercat de vehicle de segona mà, hi ha cotxes bons i dolents. Aquests són coneguts com a «*lemons*». El venedor d'un cotxe usat coneix dades que el comprador ignora. Per això es diu que la informació que posseeixen les parts no és simètrica i per això els mercats no són perfectes. A conseqüència d'aquest article, es van aprovar en molts estats dels Estats Units lleis «*lemons*» per protegir el consumidor. També en el mercat de crèdit, el venedor (prestador) coneix dades que el comprador (prestatari) ignora.

Una de les conseqüències de la informació asimètrica, posa de manifest AKERLOF⁽³⁾, tot i que en un altre context, és que pot donar-se la llei de Gresham (la moneda dolenta expulsa la bona). També en el mercat de crèdit, si no s'elimina la informació asimètrica, el crèdit dolent (l'enganyós) expulsa el bo (el que consta en un contracte amb clàusules clares, redactades de bona fe). Tot i que la informació asimètrica ha estat objecte d'estudi per molts autors, alguns guardonats amb el Premi Nobel⁽⁴⁾, el treball d'AKERLOF, que el 2001 va obtenir el Nobel d'economia,

constitueix un referent per la brevetat i la fàcil comprensió.

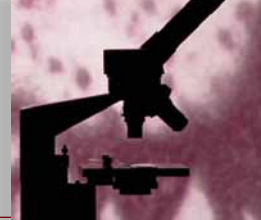
Assenyala AKERLOF que la informació asimètrica és conseqüència de la manca d'honradesa dels venedors i que té un cost no només per al comprador, que paga un sobrepreu, sinó també per a la societat, perquè els venedors més honrats són expulsats del mercat. I és així: si el mercat no és transparent, és probable que la part més dèbil triï el préstec que aparentment, però només aparentment, resulti més barat. El legislador ha d'evitar que aquesta elecció sigui conseqüència d'una informació enganyosa.

Contemplen les asimetries informatives les memòries anuals del Servei de Reclamacions del Banc d'Espanya dels darrers anys, la lectura de les quals pot il·lustrar sobre l'existència de «*lemons*» en el mercat del crèdit concedit per entitats subjectes a la seva supervisió.

En l'ordenament jurídic espanyol, moltes disposicions porten la transparència al títol. Totes en parlen en els preàmbuls i les exposicions de motius. Però no trobem la definició de *transparència* en cap precepte. No es diu quins requisits ha de complir un contracte per ser transparent.

Les normes sobre transparència haurien d'aplicar-se a tots els contractes de finançament, tant si designen el prestatari consumidor, com empenedor, empresari, deutor hipotecari o, com diu la proposta de Codi Mercantil, operador econòmic o operador del mercat

L'origen de la normativa sobre transparència es troba a l'art. 48.2 de la Llei 26/1988, del 29 de juliol, sobre disciplina i intervenció de les entitats de crèdit (modificat per la Llei 41/2007), que conté una delegació a favor del Ministre d'Economia i Hisenda. El primer desenvolupament reglamentari sobre transparència va ser l'Ordre del 12 de desembre de 1989, sobre tipus d'interès i comissions, normes d'actuació, informació a clients i publicitat de les entitats de crèdit. Després,



es van publicar l'Ordre del 5 de maig de 1994, sobre transparència de les condicions financeres dels préstecs hipotecaris, i la Llei 7/1995, del 23 de març, de crèdit al consum. Normes derogades i substituïdes per les que hi ha en vigor actualment. En la redacció inicial, aquestes normes contenien fórmules més senzilles per al càlcul de la TAE.

En l'ordenament jurídic espanyol, moltes disposicions porten la transparència al títol. Totes en parlen en els preàmbuls i les exposicions de motius. Però no trobem la definició de transparència en cap precepte. No es diu quins requisits ha de complir un contracte per ser transparent

Actualment, la informació que ha de subministrar-se a l'usuari i les fórmules aplicables es troben en una sèrie de normes disperses: Ordre EHA/2899/2011, del 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris; Llei 16/2011, del 24 de juny, de contractes de crèdit al consum, dedicada a aquest servei bancari específic; Llei 2/2009, del 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis de mediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit, que estén el règim de transparència a altres intermediaris financers diferents de les entitats de crèdit, i Circular 5/2012, del 27 de juny, del Banc d'Espanya, a entitats de crèdit i proveïdors de serveis de pagament, sobre transparència dels serveis bancaris i responsabilitat en la concessió de préstecs.

S'ha discutit la naturalesa jurídica de la normativa sobre transparència. Com diu PETIT LAVALL⁽⁵⁾, «no es pot passar per alt el debat existent al respecte, atès que, en funció de com es considerin (com a normes de Dret privat o de Dret públic), seran diferents les conseqüències derivades de l'incompliment de les circulars del Banc d'Espanya. Aquesta discussió s'ha plantejat arran del tenor literal de l'art. 48.2 LDIEC».

La transparència és un concepte jurídic indeterminat. No està definida a les nostres lleis ni a les directives comunitàries. Com a concepte jurídic indeterminat, la seva valoració entra en les facultats pròpies de la funció jurisdiccional. Com diu Rodrigo BERCOVITZ⁽⁶⁾, el recurs a aquests conceptes «és sempre un mètode perillós, pel grau d'inseguretat que introdueixen, que només s'ha de patir quan vingui imposat per la naturalesa del problema o per la inexistència d'altres criteris jurídics».

Analitza la transparència la famosa sentència de les clàusules sòl (STS del 9 de maig de 2013). Diferència entre el «filtre d'incorporació» i el «control de transparència, com a paràmetre abstracte de validesa de la clàusula predisposada, és a dir, fora de l'àmbit d'interpretació general del Codi Civil de l'«error propi» o «error de vici»». I diu: «La clàusula sòl està emmascarada entre informacions aclaparadorament exhaustives que, en definitiva, en dificulten la identificació i projecten ombres sobre el que seria clar si es considerés aïlladament [...]».

Vegem què diu aquesta clàusula (un dels casos de la Sentència) de «tan difícil comprensió» i «emmascarada», que, per cert, com reconeix la Sentència, segueix l'Ordre de transparència llavors vigent (la del 5 de maig de 1994): «3. bis. 3. Límit a la variació del tipus d'in-

terès. El tipus aplicable a la meritació dels interessos ordinaris no podrà ser, en cap cas, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual». «Diferencial sobre tipus de referència: El tipus d'interès aplicable a aquest préstec, en la primera revisió, així com en les successives, es determinarà sumant 0,500 PUNTS al tipus de referència».

Interès = Euribor + 0,50

Interès ≤ 2,5

Si Euribor ≥ 2, s'aplica la fórmula Euribor + diferencial

Si Euribor ≤ 2, el banc cobra 2,5 % d'interès

Aquesta clàusula financera tan complicada es resol amb una senzilla operació aritmètica: una sostracció. Els menys avesats poden resoldre-la per tanteig, pel mètode de la prova i error. Ara bé, perquè el prestatari pugui prestar un consentiment informat, cal que tingui a disposició seva el projecte d'escriptura per examinar-lo tres dies abans de l'atorgament, com preveu la norma vigent (art 30.2 de l'Ordre EHA/2899/2011, del 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris). Atesa l'extensió de les escriptures de préstec hipotecari, el deutor necessita analitzar el contracte que va a





subscriure, almenys, en aquest període de reflexió de tres dies. Sense aquest examen previ, és dubtós que entengui les obligacions que contrau.

I si la transparència és un paràmetre, vegem el significat del terme. El diccionari de la Real Academia Española de la Lengua defineix *parámetro* com: «1. m. Dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación. És difícil entendre aquesta situació basant-nos en els paràmetres habituals. // 2. m. Mat. Variable que, en una família de elements, serve per identificar cada uno de ellos mediante su valor numérico».

No encerto a entendre la transparència com a *parámetro* en l'accepció vulgar. Seguint l'exemple de la RAE, hauríem de dir: «És difícil entendre aquest préstec basant-nos en la transparència del contracte». Però no serà més lògic i, fins i tot, més transparent dir: «És difícil entendre aquest préstec basant-nos en els paràmetres habituals assenyalats a l'Informe PISA»? El paràmetre no és la transparència dels préstecs (qualitat del préstec), sinó les circumstàncies assenyalades a l'Informe PISA (qualitat del subjecte): que els espanyols destaquem per la nostra escassa formació matemàtica.

Tampoc arribo a veure la transparència com a *parámetro* en l'accepció matemàtica en el contracte de préstec. *Parámetro* és un valor que ja està inclòs en una funció. Exemple: una funció que calcula l'alçada d'un arbre (h) estableix que l'alçada és funció de l'edat. Tindrem h (anys) = $20 \times$ anys. Per tant, «anys» és una variable i «20», un paràmetre. Amb el paràmetre fixat, un arbre de 10 anys tindrà una alçada de 200 (20×10). Es podria establir una expressió matemàtica que mesurés la transparència dels contractes financers en funció de l'exactitud en el càlcul del cost efectiu, del fet que es complís el període de reflexió i d'una sèrie de variables que es ponderarien. En aquest cas, el paràmetre no seria la transparència, sinó els coeficients de les variables que es ponderen en la funció.

Per aplicació dels criteris de transparència i informació contractual establerts pel Tribunal Suprem a la Sentència del 9 de maig de 2013, la Llei 1/2013, del 14 de maig, estableix (art. 6) que en la contractació de préstecs hipotecaris, quan el prestatari sigui persona física i la hipoteca recaigui sobre

un habitatge, s'exigirà que l'escriptura pública inclogui, juntament amb la signatura del client, una expressió manuscrita per la qual el prestatari manifesti que ha estat adequadament advertit dels possibles riscos derivats del contracte. És exigible en préstecs amb sòl i sostre en els quals el límit a la baixa sigui menor que el límit a l'alça o que portin associada la contractació d'un instrument de cobertura del risc de tipus d'interès, o bé que es concedeixin en una o diverses divises.

Quan el prestatari sigui persona física i la hipoteca recaigui sobre un habitatge, s'exigirà que l'escriptura pública inclogui, juntament amb la signatura del client, una expressió manuscrita per la qual el prestatari manifesti que ha estat adequadament advertit dels possibles riscos derivats del contracte

L'expressió manuscrita figura regulada sota la rúbrica d'«Enfortiment de la protecció del deutor hipotecari en la comercialització dels préstecs hipotecaris». La DGRN (Resolució del 5 de febrer de 2014) assenyalava que «es tracta d'una mesura de protecció especialment reforçada, com s'indica en la pròpia rúbrica del precepte». Ara bé, si l'expressió manuscrita és una mesura d'«enfortiment de la protecció del deutor hipotecari» (sic), constitueix un dret del deutor. Pot renunciar el deutor a aquesta protecció enfortida? En principi, sí. La llei que ho regula no prohibeix la renúncia. Es tracta de la renúncia d'un dret que no és contrària a cap norma imperativa, ni prohibitiva (art. 6.3 CC). Tampoc és contrària a l'interès, ni a l'ordre públic, ni perjudica a tercers (art. 6.2 CC).

III. L'INTERÈS

1. Concepte

L'interès és el preu per l'ús dels diners. La seva justificació resulta clara si ens basem en el fet que l'ésser humà prefereix el consum present a consumir en el futur. Té en compte l'interès, la inflació, així com el risc que el creditor no cobri el que se

li deu per la insolvència del deutor (risc de crèdit). Com diu HUERTA DE SOTO⁽⁷⁾, «l'ésser humà, en l'escala valorativa, valora sempre més, en igualtat de circumstàncies, els béns presents que els béns futurs». L'interès sol expressar-se com un percentatge anual. Crida l'atenció que en els estudis jurídics sobre el contracte de préstec no es realitzi cap càlcul.

El nostre Codi de comerç defineix l'interès amb una frase d'elegant simplicitat: «Es reputarà interès tota prestació pactada a favor del creditor» (art. 315-2 CCom.). Aquesta definició permet integrar fórmules creades per protegir la part més dèbil del contracte (TAE) i per permetre al creditor la percepció d'interessos de manera que no resulta totalment clara (comissions, despeses d'estudi, assegurances, compensació per desistiment, etc.).

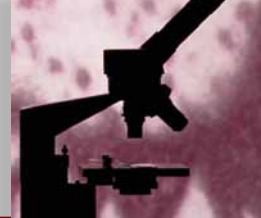
L'art. 315-2 CCom ha rebut molts elogis. Com diu SÁNCHEZ CALERO⁽⁸⁾, «el Codi parteix, encertadament, d'una noció àmplia d'interès en considerar com a tal "tota prestació pactada a favor del creditor" (art. 315.2), fet que permet incloure, a més dels interessos declarats com a tals, les formes indirectes de fixar-los, com pot ser elevar la quantitat que ha de tornar-se respecte de la rebuda». Assenyalava CORTÉS⁽⁹⁾ que «el Codi, encertadament, reputa interès "tota prestació pactada a favor del creditor", "podent diferenciar així l'interès nominal o teòric que s'assigna en estrictes termes financers al finançament, i el real o efectiu que, de fet, se satisfà després d'afegir comissions"».

2. Interès proporcional i no proporcional al temps

L'art. 315-2 CCom. permet diferenciar dues classes d'interès: el proporcional al temps i el que no ho és.

a) Un **interès o rèdit que és proporcional al temps**. També anomenat *interès nominal anual* o *tipus deutor*.

És el concepte tradicional d'interès. Es parla de l'interès en tant per cent (l'interès nominal anual que figura als contractes) i de l'interès en termes absoluts (el que es calcula a partir de l'interès nominal anual, aplicant la fórmula de capitalització simple).



Exemple 1. Préstec francès. Capital del préstec de 1.000 euros, que merita el 9 % nominal anual, pagador mensualment. Ha de tornar-se en 3 quotes mensuals iguals, que comprenen capital i interessos. La quota mensual comprensiva de capital i interessos ascendeix a 338,35 euros:

En el quadre pot observar-se que els interessos es cobren en funció del capital pendent d'amortitzar. Els interessos meritats es calculen aplicant la fórmula de capitalització simple (denominada *del carrete* en castellà, acrònim de *capital per rèdit per temps*). Quan el temps es mesura en dies:

$\text{Interès} = \text{capital} \times \text{rèdit} \times \text{temps} / 36.500.$

Com que es paguen al final de cada mes, l'interès mensual és 9/12.

Per això en el primer mes es paga: $1.000 \times 9 / 1.200 = 7,50$ euros.

El segon mes només es deuen 669,15 euros de capital (1.000 – 330,85 amortitzats el mes anterior). Per tant, l'interès és:

$\text{Interès} = 669,15 \text{ euros} \times 9 / 1.200 = 5,02$ euros.

El tercer mes, el capital pendent d'amortitzar és 335,81 euros. Per tant, l'interès és:

$\text{Interès} = 335,81 \text{ euros} \times 9 / 1.200 = 2,52$ euros.

Veiem la diferència entre l'interès nominal anual, que s'expressa en tant per cent, i l'import absolut dels interessos meritats en un període, que s'expressa en moneda de curs legal. En aquest exemple, l'interès nominal anual és del 9 %. L'interès mensual és 0,75 % (9/12). L'import absolut dels interessos meritats ascendeix a 7,50 euros, el primer mes; a 5,02 euros, el segon, i a 2,52 euros, el tercer.

Aquest senzill exemple permet comprendre un error molt freqüent. Es diu que en el préstec francès els interessos es paguen al principi, que això no és just i que, al final, quan ja no es paguen interessos, no compensa amortitzar anticipadament. Això no és cert. L'interès és proporcional al capital i al temps. Quant més temps i més capital, més interès.

Núm. mes	Interès	Quota	Amortització	Interessos	Capital pendent
0	0,00 %	0,00 €	0,00 €	0,00 €	1.000,00 €
1	9,00 %	338,35 €	330,85 €	7,50 €	669,15 €
2	9,00 %	338,35 €	333,33 €	5,02 €	335,81 €
3	9,00 %	338,33 €	335,81 €	2,52 €	0,00 €

Els resultats anteriors poden obtenir-se visitant la web del Banc d'Espanya: http://www.bde.es/clientebanca/simuladores/simulador_hipotecario.htm.

Exemple 2. Interès flat. La pràctica més abusiva per calcular els interessos meritats és l'anomenat *interès flat*. En aquest sistema, es calculen els interessos mensuals no en funció del capital no amortitzat, sinó en funció del capital prestat. La quota d'interès serà sempre igual. En l'exemple anterior (préstec de 1.000 euros al 9 % nominal anual, pagador mensualment amb quotes iguals comprensives de capital i interessos), tenim el següent quadre:

$\text{Interès} = 1.000 \times 9 / 1.200 = 7,50$ euros.

$\text{Capital} = 1.000 / 3 = 333,33$ euros.

$\text{Quota mensual} = 333,33 + 7,50 = 340,83$ euros.

Pot observar-se que la quota, en aquest cas, és superior, i encara ho seria més si el termini d'amortització fos superior, perquè el deutor paga interessos sobre capital no utilitzat. És certament abusiva. Ja no es fa servir. Però mai va tenir tanta publicitat com la clàusula sòl. Aquesta fórmula sí que està emmascada. En les memòries més recents del Servei de Reclamacions del Banc d'Espanya no es menciona, la qual cosa significa que no hi ha hagut queixes de clients d'entitats de crèdit sobre aquesta matèria. La fórmula de l'interès *flat* va ser qualificada per l'organisme supervisor com a «mala pràctica bancària».

Actualment, encara que no està prohibit expressament, constitueix un ús de comerç, ja incorporat a les nostres fonts escrites, que els interessos es calculen en proporció al capital pendent de restituir (art. 6-f de la Llei 16/2011, del 24 de juny, de contractes de crèdit al consum, i art. 573-6 de la Proposta de Codi Mercantil).

Aplicar la fórmula de l'interès *flat* és abusiu i probablement produeix préstecs usuraris, que no són qualificats com a tals pels tribunals de Justícia senzillament perquè atenen només a l'interès nominal. Un préstec *flat* té moltes probabilitats de complir el supòsit de fet contemplat a l'art. 1 de la Llei del 23 de juliol de 1908, sobre nul·litat dels contractes de préstecs usuraris («un interès notablement superior al normal del diner i manifestament desproporcionat amb les circumstàncies del cas o en unes condicions que fan que resulti lleoní, havent-hi motius per estimar que ha estat acceptat pel prestatari a causa d'una situació angoixant, per inexperiència o a conseqüència de la limitació de les seves facultats mentals»). No obstant això, no conec cap resolució judicial que contempli l'interès *flat*.

b) Un interès que no és proporcional al temps.

Els interessos no proporcionals al temps es van denominar *comissions*. Van néixer per aparentar que el cost del crèdit era menor. Creaven una espècie d'«il·lusió monetària» en el consumidor, incapaç de calcular el cost real del crèdit. GARRIGUES⁽¹⁰⁾, a *Contratos bancarios*, no contempla el cobrament de comissions

Núm. mes	Interès	Quota	Amortització	Interessos	Capital pendent
0	0,00 %	0,00 €	0,00 €	0,00 €	1.000,00 €
1	9,00 %	340,83 €	333,33 €	7,50 €	666,67 €
2	9,00 %	340,83 €	333,33 €	7,50 €	333,34 €
3	9,00 %	340,84 €	333,84 €	7,50 €	0,00 €

per part dels bancs. En la retribució dels préstecs concedits per entitats financeres, les comissions han adquirit rellevància paulatinament. En algunes ocasions, es denominen *despeses* (despeses d'estudi), *compensació*, etc. Així, el consumidor no pensa que són interessos.

Aplicar la fórmula de l'interès flat és abusiu i probablement produeix préstecs usuraris, que no són qualificats com a tals pels tribunals de Justícia senzillament perquè atenen només a l'interès nominal

L'art. 315-2 CCom. autoritza a considerar interessos no només els que són proporcionals al temps i les comissions, sinó també les primes d'assegurances pagades pel consumidor i prenedor de l'assegurança al prestador o l'entitat asseguradora del mateix grup. També són interessos les prestacions que el deutor realitza per obtenir un tipus d'interès menor, per exemple, quan compra un producte financer. Potser no són prestacions pactades a favor del creditor? Veiem que el concepte de *cost total del crèdit* ja figurava al Codi de comerç, encara que sense denominar-lo així. Tot el que cobra el creditor són interessos. Aquesta és, sens dubte, la millor fórmula per informar el consumidor.

3. Cost total del crèdit en termes absoluts i en tant per cent (TAE)

Basant-nos en el concepte ampli d'*interès* que inclou tot el que cobra el creditor, podem diferenciar el cost total del crèdit en termes absoluts, que s'expressa en moneda de curs legal, i el cost total del crèdit en termes relatius, expressat en tant per cent. El primer es denomina *cost total del crèdit* (CTC) i el segon, *cost efectiu anual* o *taxa anual equivalent* (TAE)⁽¹¹⁾.

Si a l'exemple 1 anterior tenim en compte les comissions, trobem el cost total del crèdit. Per a una comissió d'obertura de l'1 % del capital prestat, tindrem:

Comissió obertura = $1.000 \times 1 / 100$ = 10 euros.

Aquesta comissió és satisfeta pel deutor quan rep el capital. De fet, al compte del deutor, s'abona el capital i es carrega la comissió d'obertura el mateix dia.

Suposant que el creditor no percep cap altra prestació, el cost total del crèdit està constituït pels interessos de l'exemple 1 més els 10 euros de comissió d'obertura. En el quadre següent, veiem els pagaments que realitza el deutor:

La suma d'interès i comissions és precisament el cost total del crèdit, que en l'exemple ascendeix a 25,04 euros.

El cost total del crèdit ofereix l'avantatge que resulta molt senzill de calcular. Presenta, no obstant això, l'inconvenient que no té en compte ni el temps ni el capital. Un euro avui val més que un euro dintre d'un any. I tampoc té en compte que com més gran és el capital, més gran és el cost total del crèdit. El cost total del crèdit no ens permet comparar. Per tal que el mercat sigui transparent, necessitem un preu únic i una forma uniforme de calcular-lo. I això és la TAE, sigles de *taxa anual equivalent*: el preu del crèdit calculat de manera uniforme. Element imprescindible per fer del mercat de crèdit un mercat transparent, la TAE permet que el mercat de crèdit, amb informació asimètrica, amb molts «*lemons*», es torni transparent.

Per expressar el cost total del crèdit en termes relatius, en tant per cent,

necessitem una fórmula. Es poden aplicar dues fórmules: l'europea de la TAE, prevista a les directives comunitàries i a la normativa espanyola, i l'americana de l'APR (*annual percentage rate*), aplicada als Estats Units i regulada a la TILA (Truth in Lending Act o llei sobre la veritat als préstecs). En ambdós casos, s'utilitza interès compost per a períodes superiors a l'any.

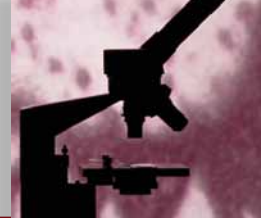
Un exemple numèric pot aclarir la diferència entre TAE i APR. Suposem un préstec al 12 % anual, sense comissions. En aquest senzill exemple, el banc presta 100 euros i el client paga 12 euros d'interès en un termini, en dos, en quatre o en dotze, i al final de l'any restitueix el capital prestat.

En el cas anterior, un préstec al 12 % d'interès nominal anual sense comissions, veiem que la TAE varia en canviar la freqüència de pagament d'interessos, mentre que l'APR sempre és el mateix: 12 %. Encara més, la TAE és major com menor és el període de capitalització. És major si es paga mensualment que trimestralment.

Quina magnitud informa millor sobre el cost del crèdit: la TAE o l'APR? L'interès compost descansa en la hipòtesi que el creditor reinverteix els interessos obtinguts al mateix tipus de rendiment. En l'interès simple, no obstant, els cobraments efectuats durant l'any no produeixen cap rendiment. Una entitat financera pot reinvertir els fruits al mateix tipus d'interès, mentre que els ingressos intermedis d'un

Núm. mes	Interès	Quota	Amortització	Interessos i comissions	Capital pendent
0	0,00 %	0,00 €	0,00 €	10,00 €	1.000,00 €
1	9,00 %	338,35 €	330,85 €	7,50 €	669,15 €
2	9,00 %	338,35 €	333,33 €	5,02 €	335,82 €
3	9,00 %	338,33 €	335,82 €	2,52 €	0,00 €
Total				25,04 €	

Interès nominal	Terminis	TAE	APR
12	Any	12,00 %	12,00 %
12	Semestre	12,36 %	12,00 %
12	Trimestre	12,5508 %	12,00 %
12	Mes	12,68250 %	12,00 %



particular romanen inactius al seu compte corrent, sense produir cap rendibilitat. En les operacions bancàries actives, aplicant interès compost, obtenim el tant prestador: la rendibilitat de l'operació per a l'entitat financera. Mentre que a interès simple trobem el cost de l'operació per al deutor. D'això que TAE i APR presentin diferent significat financer. La TAE és el tant prestador, representa la rendibilitat del creditor. L'APR, en canvi, és el cost de l'operació per al deutor.

Vegem el càlcul de la TAE dels exemples 1 i 2.

En l'exemple 1, hem de tenir en compte el que rep el deutor i el que paga i el moment en què ho fa. Per calcular la TAE, no tenim en compte que l'interès nominal anual és del 9 %, sinó que rep 1.000 euros, però en paga 10 el mes 0. I paga cada mes 338,35 euros.

Núm. mes	Paga	Rep
0	10,00 euros	1.000,00 euros
1	338,35 euros	
2	338,35 euros	
3	338,34 euros	

L'equació per calcular la TAE es planteja valorant tots els pagaments en el moment inicial. Com que els pagaments es realitzen mensualment, trobem l'interès efectiu mensual, en funció del que paga i rep el deutor. Veiem que s'introdueix el pagament de 10 euros en concepte de comissió d'obertura.

$$1.000 = 10 + 338,35 (1+i_{12})^{-1} + 338,35 (1+i_{12})^{-2} + 338,34 (1+i_{12})^{-3}.$$

$$i_{12} = 1,25939897 \%$$

A partir de l'interès efectiu mensual, podem calcular l'interès efectiu anual o TAE:

$$TAE = 16,2048 \%$$

En comptes de realitzar els càlcul anteriors, pot consultar-se el web del Banc d'Espanya: http://www.bde.es/clientebanca/simuladores/simulador_tae.htm.

Al web anterior, el Banc d'Espanya calcula la TAE amb un decimal: 16,2 %. Des de la transposició de la Directiva de 1990, està permès, tot i que no hauria de ser així, perquè sostreu informació al consumidor i resulta senzill calcular amb dos o tres decimals.

Això significa que és equivalent un préstec simple de 1.000 euros, amb comissió d'obertura de 10 euros i devolució del capital prestat i pagament d'interessos mitjançant tres quotes mensuals de 338,34 euros, a un de mutu el capital del qual és de 1.000 euros i el deutor compleix les obligacions de restituir el capital prestat i pagament d'interessos satisfent al final de l'any (el TAE és anual) la quantitat de 1.162,04 euros (suma de capital de 1.000 euros més els interessos d'un any calculats a tipus TAE).

Per calcular i_{12} , hem plantejat una equació de grau n que es resol per tanteig, pel mètode de la prova i error. Així ho fan les calculadores. Quantes més iteracions es realitzen, més precisos són els resultats obtinguts.

Si observem tant la taula com l'equació que calcula i_{12} , veiem que podem restar 1.000 de 10 i escriure-ho a la part dreta de l'equació. Aquest comentari tan agut apareix, en les observacions, en totes les directives i normes vigents que regulen la TAE, només que expressat de la manera següent:

Es pot reformular l'equació utilitzant només un sumatori i emprant la noció de fluxos (A_k), que seran positius o negatius, és a dir, respectivament pagats o percebuts en els períodes 1 a n , expressats en anys, és a dir:

$$S = \sum_{k=1}^n A_k (1+X)^{-tk}$$

on S és el saldo dels fluxos actualitzats, el valor dels quals serà nul si es vol conservar l'equivalència dels fluxos.

Ajuda aquesta observació el consumidor o a qui vulgui estudiar la TAE? Evidentment, no.

Les observacions que figuren amb la fórmula, repetides en totes les normes, es presumeix que hi són per ajudar el lector a comprendre el concepte. La millor és la que figura en primer lloc, la de la lletra a), que diu: «Les sumes abonades per cadascuna de les parts en diferents moments no són necessàriament iguals ni s'abonen necessàriament a intervals iguals».

Aquesta observació tan subtil va ser introduïda per la Directiva 90/88/CEE, del 22 de febrer de 1990, que va modificar la Directiva del Consell de les Comunitats

Europees 87/102/CEE, del 22 de desembre de 1986, relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres en matèria de crèdit al consum. Des de llavors, no hi ha cap Directiva ni disposició protectora dels drets dels consumidors o cercadora de la transparència que no la inclogui. La primera vegada que vaig llegir l'observació, vaig pensar que hi havia un error de traducció i vaig buscar el text en anglès. Però no hi havia error de traducció. Senzillament, la frase pretén posar en coneixement del consumidor que les sumes que paga i les que rep no són «necessàriament iguals». Naturalment, i la diferència està constituïda per la retribució del creditor: són els interessos que percep. A conseqüència de la Directiva, es van modificar la Llei 7/1995, de crèdit al consum, i les normes reglamentàries sobre transparència.

Entre les modificacions introduïdes que suposen un retrocés en la informació que se subministra a la part més dèbil, hi destaquen: l'obligació d'expressar la TAE amb «una precisió» (sic) d'un decimal, la supressió del marge d'error permès en el càlcul i expressar la fórmula amb exponents decimals

La Directiva de 1990, a més de les observacions, va modificar la fórmula de la TAE i la va fer més difícil de comprendre i resoldre. Per sort, això sí, el resultat final és el mateix. Podem seguir utilitzant la fórmula antiga. Entre les modificacions introduïdes per aquesta Directiva que han suposat un retrocés en la informació que se subministra a la part més dèbil, hi destaquen: l'obligació d'expressar la TAE amb «una precisió» (sic) d'un decimal, la supressió del marge d'error permès en el càlcul i expressar la fórmula amb exponents decimals.

IV. REFORMES PROPOSADES

Tres reformes resulten imprescindibles en la regulació dels contractes financers: definir la transparència, modificar la regulació de la TAE i regular els que el Banc d'Espanya anomena *requisits addicionals* (RA).



1. Definir la transparència

La transparència no ha de ser un concepte jurídic indeterminat, perquè produeix inseguretat jurídica.

Es pot dir que un contracte financer es reputa transparent si concorren les circumstàncies següents:

- a) Si el deutor ha examinat el contracte (projecte d'escriptura o pòlissa).
- b) Si ha disposar d'aquesta informació en el període de reflexió previst a la llei i no ha renunciat a aquest dret.
- c) Si les dades contingudes en el contracte són correctes. Entenent com a tal que el cost total del crèdit i la TAE considerin *interès* tota prestació pactada a favor del creditor. La TAE ha de calcular-se amb un marge d'error inferior al que estableixi la llei i expressar-se amb tres decimals, com a mínim. Han de constar expressament les variables que no s'inclouen en el càlcul de la TAE (comissió d'amortització anticipada, de disponibilitat, interessos de demora, etc.) i explicar com es determina l'interès variable, si escau.

La transparència, així definida, es basa en elements objectius. No cal que el Notari examini el deutor, com preveu la Llei 1/2013 (art. 6). El prestatari pot analitzar el document i informar-se durant el període de reflexió. Ara bé, si no ho fa, hi haurà error inexcusable, que «*es va poder evitar, emprant una diligència mitjana o regular*». «*S'exclou l'apreciació de l'error quan qui l'invoca no ha posat la diligència deguda en evitar-lo: va poder conèixer amb exactitud els fets als quals aquest es refereix, emprant la diligència que li era exigible (STS 7-VII-81, 15-11-77, 27-V-82, 11-XII-67)*». Si una norma amb rang de llei defineix la transparència, no resultarà aplicable «*el control de transparència, com a paràmetre abstracte de validesa de la clàusula predisposada*», com diu la Sentència de la clàusula sòl.

Pel que fa a la informació precontractual, no veig la necessitat de lliurar una fitxa resum: el deutor s'informa millor si analitza el mateix instrument que va a signar. Encara que al legislador li agrada lliurar un document (diu que resum, precontractual). Aquests resums es caracteritzen

perquè en cada norma adopten una denominació diferent i en cap resulten clars (FIRPE, FIPRE, oferta vinculant, informació normalitzada europea... L'últim és el FEIN, o Fitxa Europea d'Informació Normalitzada, com el denomina la Directiva del 4 de febrer de 2014).

Unes normes copien d'altres i repeteixen literalment el mateix. Un exemple (OM del 28 d'octubre de 2011), tot i que es diu a totes:

«La TAE aplicable al vostre préstec és [TAE].

Comprèn:

— Tipus d'interès.

— Altres components de la TAE.

— Cost total del préstec en termes absoluts».

El pitjor és que el futur no és esperançador, perquè en la **Directiva 2014/17/UE, del Parlament Europeu i del Consell**, que serà transposada al nostre ordenament jurídic, probablement mitjançant transcripció literal, es diu el mateix:

«La TAE aplicable al vostre préstec és [TAE].

Comprèn:

El tipus d'interès [valor en percentatge o, si escau, indicació d'un tipus de referència i del valor percentual del marge del prestador].

[Altres components de la TAE].

Jo no sabia que la TAE tingués components. Sempre vaig pensar que la TAE era funció, o depenia de l'interès nominal, les comissions i la resta de prestacions pactades a favor del creditor. Així que si el prestatari vol entendre el significat de la TAE i quines variables es tenen en compte per calcular-la, ha jo sap: depèn del tipus d'interès i d'altres components de la TAE.

Heus ací un altre exemple de per què el consumidor ha de llegir el contracte i no aquesta informació precontractual resumida. La FEIN, la de la Directiva del 4 de febrer de 2014, l'última i més exigent, diu literalment⁽¹²⁾:

«9. Reembossament anticipat

Aquest préstec pot reembossar-se anticipadament, de manera íntegra o parcial.

(Si escau) [Condicions].

(Si escau) Comissió de reembossament anticipat: [introdueixi l'import o, si no és possible, el mètode de càlcul].

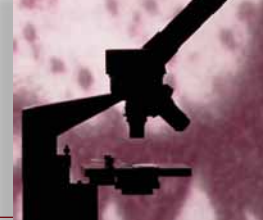
(Si escau) Si decideix reembossar el préstec anticipadament, consultiu-nos per tal de determinar el nivell exacte de la comissió de reembossament anticipat en aquest moment (sic)».

Significa que vulnera l'art. 1.256 CC i deixa la determinació d'aquesta comissió al prestador? Per ventura no pot llegir el contracte el consumidor i calcular el cost del reembossament anticipat?

2. Modificar la TAE

La TAE és el cost del crèdit en termes relatius, expressada en tant per cent. Com hem vist, en el nostre ordenament jurídic, seguint les directives comunitàries, apliquem la fórmula europea, que consisteix a capitalitzar els interessos de períodes superiors a l'any i també els inferiors a l'any. En la fórmula americana (regulada a la TILA), no es capitalitzen els interessos generats en períodes inferiors a l'any. Són necessàries algunes reformes que facin del cost efectiu una magnitud més eficaç per al compliment dels seus fins, que no són altres que fer del mercat de crèdit un mercat transparent mitjançant l'establiment d'un preu únic que permeti al prestatari contractar el préstec que millor satisfaci els seus interessos. Actualment, la fórmula de càlcul es troba dispersa (Llei 22/2009, per a préstecs no concedits per entitats de crèdit; Llei 16/2011, de contractes de crèdit al consum; Ordre EHA/2899/2011, del 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris; Circular 5/2012, del 27 de juny, del Banc d'Espanya, a entitats de crèdit i proveïdors de serveis de pagament, sobre transparència dels serveis bancaris i responsabilitat en la concessió de préstecs, etc.). Seria preferible que una única norma establís la fórmula, les variables a incloure en el càlcul, el marge d'error, etc.

I aquesta única norma que reguli el càlcul de la TAE hauria de:



- a) *Modificar la fórmula i establir l'antecedent a la Directiva 90/88/CEE, del 22 de febrer de 1990.* D'aquesta manera, no hi hauria exponents decimals en la fórmula que dificulten inútilment la resolució del problema. Plantejar l'equació amb exponents decimals és com comptar les potes de les ovelles d'una cleda i dividir entre quatre per determinar quantes ovelles hi ha. No resulta més senzill comptar els caps de bestiar? Això és el que fa la nova fórmula de la TAE i la seva estranya determinació dels terminis. Però en el càlcul de la TAE no es tracta de dividir entre 4, sinó que cal dividir entre 365 i el quocient és l'exponent. En resum, per trobar la TAE, les normes vigents, sense afegir res i sense cap necessitat, escriuen fórmules més difícils de comprendre i de resoldre que les que van derogar.
- b) *Establir un marge d'error permès.* La TAE s'obté resolent una equació de grau n , la qual cosa es fa per tanteig. Sempre hi haurà un marge d'error. Les normes anteriors a la transposició de la Directiva de 1990 ho contemplaven. Arran de la transposició d'aquesta Directiva, es va suprimir el límit del marge d'error.
- c) *Que s'inclougui al càlcul de la TAE tot el que el prestatari paga al prestador i a les empreses vinculades a aquest* (gestoria, taxadora, asseguradora, etc.). Si el prestador imposa la taxadora, la gestoria, l'asseguradora, etc., el que aquestes perceben ha d'incloure's al càlcul de l'interès. També el cost de les garanties que augmenten el benefici del creditor (termini fix, per exemple). Pot veure's la incidència en la TAE de contractar un termini fix amb capital prestat a l'exemple 3.

d) *Suprimir allò superflu.* Tota expressió que no serveixi per explicar la TAE ha de ser suprimida. N'hem vist algunes, com que les sumes del que paguen les parts no són necessàriament iguals.

3. Regular els RA

En l'era de les sigles i els acrònims, RA són les sigles del que el Banc d'Espanya denomina, en les seves memòries del Servei de reclamacions, *requisits addicionals*. Jurídicament, són condicions generals de

la contractació que, en molts casos, no formen part del clausulat escrit del contracte. Aquests requisits tenen en comú que són exigits per l'entitat creditora per contractar o perquè el deutor aconsegueixi un tipus d'interès menor. Consisteixen en domiciliar la nòmina, contractar una assegurança de vida, comprar accions de l'entitat prestadora, contractar un pla de pensions, etc.

Assenyala la memòria de 2012 (última publicada): «*En el cas particular dels préstecs hipotecaris, no existeix, en principi, cap limitació a les condicions* [excepte la limitació sobre interessos de demora de préstecs hipotecaris, establerta per la Llei 1/2013, del 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social] *i clàusules que es poden incloure en un contracte de préstec, sempre que aquestes clàusules no siguin contràries a les lleis, la moral o l'ordre públic, segons disposa l'art. 1255 del Codi Civil. Per tant, res impedeix que una entitat, per concedir un préstec, exigeixi del prestatari el compliment d'un o diversos requisits addicionals, com poden ser, per exemple, domiciliar una nòmina, contractar un pla de pensions, un producte d'inversió o una assegurança d'unes determinades característiques, aportar un o diversos fiadors o que siguin diversos els prestataris responsables del pagament de les quotes del préstec*».

Alguns requisits addicionals són serveis accessoris i estan contemplats a la Llei 16/2011, del 24 de juny, de contractes de crèdit al consum (arts. 12.10, 27.4 i 28.3); en la Llei 7/1998, del 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació (disp. adic. 1a 23), i al RDLeg. 1/2007, del 16 de novembre, pel que s'aprova el Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries (art. 89.5).

La normativa aplicable preveu, en alguns casos, que el preu pagat pels serveis accessoris sigui un element del cost del crèdit. Així, la prima de l'assegurança s'inclou també en aquest concepte si l'obtenció del crèdit en les condicions ofertes està condicionada a la celebració del contracte de serveis, excepte «*si el cost d'aquest servei no pogués determinar-se per endavant*» (sic). Si els costos no són coneguts, no s'inclouen a la TAE (Llei 16/2011, Ordre d'octubre de 2011, etc.). No obstant això, en la pràctica, les entitats semblen ignorar l'import de la prima i no la inclouen en el cost del crèdit.

Exemple 3. Préstec amb garantia pignorativa d'imposició a termini fix. Existeixen requisits addicionals que incrementen considerablement l'interès real del crèdit. El preu satisfet hauria d'incloure's en el cost del crèdit. En cas contrari, es proporciona al prestatari informació enganyosa. És el cas de qui contracta un crèdit i, en la mateixa data, una imposició a termini fix amb el mateix venciment. A qualsevol se li ocorre que cap persona en el seu seny contracta de la següent manera. Suposem que sol·liciteu un crèdit de 40.000 euros. L'entitat us concedeix 50.000 euros, però heu de constituir una garantia pignorativa sobre una imposició a termini fix de 10.000 euros. La imposició merita interessos a favor del pignorant de l'1 % (pagable mensualment). Haurà de calcular-se el cost del crèdit com si el capital prestat fos de 40.000 euros, perquè aquest és el capital utilitzat. Però, per trobar el cost del crèdit, se sumaran els interessos satisfets pel deutor i es deduiran els percebuts. Vegem l'exemple numèric. Suposem que l'interès del préstec és del 8 % i que es paga trimestralment. Per simplificar, tots els trimestres són iguals i l'interès de cada període és un quart del nominal anual.

Trimestre	Paga banc	Paga client	Diferència
0	50.000,00 €	500,00 €	-49.500,00 €
1		1.000,00 €	1.000,00 €
2		1.000,00 €	1.000,00 €
3		1.000,00 €	1.000,00 €
4		51.000,00 €	51.000,00 €
Total	50.000,00 €	54.500,00 €	
Cost total del crèdit	4.500,00 €		
TAE = 9,3695 %			

Exemple 3. Préstec incloent la garantia pignorativa.

Trimestre	Paga banc	Paga client	Diferència
0	50.000,00 €	10.500,00 €	-39.500,00 €
1	25,00 €	1.000,00 €	975,00 €
2	25,00 €	1.000,00 €	975,00 €
3	25,00 €	1.000,00 €	975,00 €
4	10.025,00 €	51.000,00 €	40.975,00 €
Total	60.100,00 €	64.500,00 €	
Cost total del crèdit	4.400,00 €		
TAE = 11,5574 %			

Com podem observar, aquest cas és un veritable «lemon». La informació subministrada és enganyosa. Aquest tipus de préstecs solen documentar-se en una pòlissa, que conté els càlculs del primer quadre (exemple 3). Però el prestatari contracta un préstec mutu amb un capital superior al que utilitza. Paga interessos i comissió d'obertura de 50.000 euros i disposa de 40.000 euros. Veiem que el cost total del crèdit és menor si incloem els interessos del termini fix. Però aquesta informació és enganyosa, perquè el capital utilitzat és de 40.000 euros. La TAE subministra una informació precisa. El cost de l'operació, inclosa la IPF, és de l'11,5574 %, mentre que si només es valora el préstec, la TAE és 9,3695 %.

Tot i que no és un crèdit al consum, pot dir-se que aquest préstec mutu supera el filtre d'incorporació (la constitució de la garantia pignorativa consta al contracte), però no supera el control de transparència (la TAE està mal calculada). En les pòlisses bancàries, sol incloure's el primer valor de la TAE (el menor). La legislació aplicable permet calcular la TAE segons el primer exemple, sense incloure el dipòsit a termini fix. Per què el legislador ofereix més protecció al consumidor que a l'empresari, emprenedor o comerciant?

La Directiva de 2014 contempla les pràctiques de venda vinculada («tota oferta o venda d'un paquet constituït per un contracte de crèdit i altres productes o serveis financers diferenciats, quan el contracte de crèdit no s'ofereixi al consumidor per separat») i les pràctiques de venda combinada («tota oferta o venda d'un paquet constituït

per un contracte de crèdit i altres productes o serveis financers diferenciats, quan el contracte de crèdit s'ofereixi també al consumidor per separat, tot i que no necessàriament en els mateixos termes i condicions que combinat amb altres serveis auxiliars»). Diferencia si el crèdit s'ofereix al consumidor juntament amb el producte financer (venda vinculada) o si el consumidor pot contractar el crèdit sense el producte, encara que amb unes altres condicions (venda combinada). Assegura que «els estats membres autoritzaran les pràctiques de vendes combinades, però prohibiran les pràctiques de vendes vinculades» (art. 12). No obstant això, continua, es permetran les vendes vinculades que «ocasionen un benefici clar (sic) als consumidors». Què significa un benefici clar? Un altre concepte jurídic indeterminat. El cost de les vendes vinculades ha d'incloure's en el cost total del crèdit i en la TAE. I, un cop conegut el cost real del seu crèdit, el consumidor decidirà si amb la venda vinculada obté «un benefici clar».

La Directiva preveu que s'incloguin en el càlcul de la TAE el cost i els serveis de pagament del compte corrent vinculat, però guarda silenci pel que fa al cost de la venda vinculada i de la combinada

La Directiva preveu que s'incloguin en el càlcul de la TAE el cost i els serveis de pagament del compte corrent vinculat, però guarda silenci pel que fa al cost de la venda vinculada i de la combinada.

En síntesi, el legislador liberal del segle XIX defineix l'interès amb una expressió d'elegant simplicitat («tota prestació pactada a favor del creditor», art. 315-2 CCom.); el del segle XX desenvolupa fórmules (TAE) per informar el prestatari, i el del segle XXI, buscant una transparència que no troba, en fa un concepte jurídic indeterminat i, ignorant la dignitat de la persona reconeguda a la nostra Constitució, humilia els consumidors sotmetent-los a un examen que denomina *expressió manuscrita*.

V. BIBLIOGRAFIA

AKERLOF, George A., «The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism», a *Quarterly Journal of Economics*, núm. 84(3), 1970, pàg. 488-500.

BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, Ed. Banco de España, Madrid, 2010, 2011 i 2012.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «El nuevo Código Mercantil», conferència pronunciada a l'Il·lustre Col·legi de Notaris de Madrid el 25 d'octubre de 2012, a *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. LIII, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2012-2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2a edició, València, 2013.

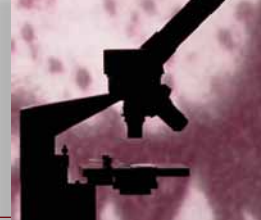
GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.

HUERTA DE SOTO, Jesús, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Ed. Unión Editorial, 4a edició, Madrid, 2009.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», a *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, pàg. 64-95.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO FERNÁNDEZ DEL RIO, Ángel, *Lecciones*



de *Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, María Paz, «Operaciones bancarias activas: El cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)», a *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 11, set. 1993, VIII, pàg. 275-299.

Truth in Lending Act: Regulation Z. USA.

- (1) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «El nuevo Código Mercantil», conferència pronunciada a l'Il·lustre Col·legi de Notaris de Madrid el 25 d'octubre de 2012, a *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. LIII, Ed. Col·legi de Notaris de Madrid, Madrid, 2012-2013, pàg. 25.

- (2) Akerlof, George A., «The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism», a *Quarterly Journal of Economics*, núm. 84(3), 1970, pàg. 488-500.

- (3) Akerlof, obra cit., pàg. 489.

- (4) El 1996, l'Acadèmia sueca va guardonar James A. Mirrlees i William Vickrey amb el Premi Nobel d'economia per la seva aportació a la teoria econòmica del comportament amb informació asimètrica.

- (5) PETIT LAVALL, Ma Victòria, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2a edició, València, 2013, pàg. 5835.

- (6) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, a SARMIENTO RAMOS, Juan; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CODERCH, Pablo (coord.), *Comentarios al Código Civil español. Ministerio de Justicia. Publicado con motivo del centenario del CC, 1889-1989*, Ed. Ministeri de Justicia.

Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pàg. 171.

- (7) HUERTA DE SOTO, Jesús, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Ed. Unión Editorial, 4a edició, Madrid, 2009, pàg. 227.

- (8) SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, pàg. 356.

- (9) CORTÉS, Luis Javier, a MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO FERNÁNDEZ DEL RIO, Ángel, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pàg. 234.

- (10) GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, pàg. 229.

- (11) Analitzat amb més detall a MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Comentaris a l'art. 32 i a l'Annex I (SÁNCHEZ SÁNCHEZ).

- (12) Text literal, però la negreta és de l'autora.

Perspectiva judicial de les clàusules abusives

Fernando Lacaba Sánchez

President de l'Audiència Provincial de Girona

Conferència pronunciada a la Jornada "Informació i control del clausulat dels préstecs hipotecaris", celebrada al Col·legi el passat 2 d'abril

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. LA LLEI 1/2013, DE REFORMA HIPOTECÀRIA I DISPARITAT DE CRITERIS DE JUNTES DE JUTGES
- III. CLÀUSULES ABUSIVES EN PRÉSTECES HIPOTECARIS

I. INTRODUCCIÓ

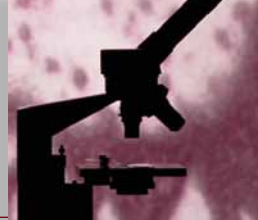
La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea del 14 de març de 2013 (*cas Aziz*), seguint el criteri establert en l'anterior Sentència del mateix Tribunal del 26 d'abril de 2012 (*cas Invitel*), no posa en dubte, en general, el procediment d'execució directa derivat de les hipoteques, però ha considerat que el nostre sistema d'execució hipotecària no s'ajusta a la normativa de protecció dels consumidors derivada de la Directiva 93/13/CEE, sobre clàusules abusives en els contractes amb consumidors, atès que no permet al·legar la nul·litat de les condicions generals nul·les per abusives dins del procediment d'execució. No es discuteix la validesa del procediment ni la possibilitat de títols executius que disminueixin les causes d'opo-



sició, però sí que no es pugui al·legar que existeixen clàusules nul·les per abusives en el préstec en el procés d'execució.

El proclamat caràcter innovador d'aquesta Sentència es posa en dubte si es recorda el següent passatge de la ST-JUE del 27 de juny de 2000: «La protecció que la Directiva 93/13/CEE, del Consell, del 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abu-

sives en els contractes celebrats amb consumidors, atorga a aquests implica que el Jutge nacional pugui apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula del contracte que li hagi estat sotmès quan examini l'admissibilitat d'una demanda presentada davant els òrgans jurisdiccionals nacionals». Ja des de l'any 2000, el Tribunal europeu venia consagrant la facultat del Jutge, des del moment de l'examen d'admissibilitat



de la demanda, per apreciar, d'ofici i en qualsevol procediment (sense exclusió del d'execució hipotecària) l'abusivitat d'una estipulació contractual.

La Llei 1/2013, del 14 de maig, de protecció dels deutors hipotecaris, aplicant l'esmentada STJUE del 14 de març de 2013, ha modificat la LEC per permetre que es qualifiquin les clàusules abusives, bé d'ofici per part del Jutge, bé per oposició del deutor a l'execució.

S'afegeix així, en tractar de la possible denegació del despatx de l'execució:

- a) Que el Tribunal donarà audiència per quinze dies a les parts i decidirà en uns altres cinc dies, quan apreciï que alguna de les clàusules incloses en un títol executiu no judicial ni arbitral pugui ser qualificada com a abusiva (**art. 552**, reformat per la disposició final 4a de la Llei 8/2013, del 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes. *BOE* del 27 de juny; vigència: 28 de juny de 2013).
- b) S'introdueix com a nova causa d'oposició, en el procediment executiu, que el títol contingui clàusules abusives (**art. 557.1.7è**).
- c) De manera que a la interlocutòria resolutòria de l'oposició per motius de fons, quan el Jutge apreciï el caràcter abusiu d'algunes clàusules, determinarà que no procedeix l'execució o que s'executa sense aquestes clàusules (**art. 561**).
- d) I també s'inclou, entre les regles especials del procediment d'execució directa com a causa d'oposició, «el caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagués determinat la quantitat exigible», acordant el sobreseïment de l'execució quan la interlocutòria estimi que la clàusula contractual fonamenta l'execució. En un altre cas, es continuarà l'execució amb la inaplicació de la clàusula abusiva (**art. 695**)⁽¹⁾.

L'art. 12 LH ja autoritzava els registradors de la propietat a rebutjar les clàusules financeres contràries a norma imperativa o prohibitiva. I l'art. 84 TRLGDCU estableix que els notaris i els registradors de la propietat i mercantils, en l'exercici professional de les respectives funcions públiques, no autoritzaran ni inscriuran els contractes o negocis jurídics en els quals es pretengui la inclusió de clàusules

FITXA TÈCNICA

Resum: La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea del 14 de març de 2013, seguint el criteri establert en l'anterior Sentència del mateix Tribunal del 26 d'abril de 2012, no posa en dubte, en general, el procediment d'execució directa derivat de les hipoteques, però ha considerat que el nostre sistema d'execució hipotecària no s'ajusta a la normativa de protecció dels consumidors derivada de la Directiva 93/13/CEE, sobre clàusules abusives en els contractes amb consumidors, atès que no permet al·legar la nul·litat de les condicions generals nul·les per abusives dins del procediment d'execució.

Paraules clau: Clàusules abusives, reforma hipotecària, juntes de jutges, prejudicialitat, qüestions d'inconstitucionalitat.

Abstract: The Judgement of the European Court of Justice of 14 March 2013, which follows the reasoning established in the earlier Judgement of the said Court of 26 April 2012, does not, in general terms, question the legitimacy of the direct foreclosure procedure deriving from mortgages, but it has found that our system of mortgage foreclosure is not in accordance with the regulations governing consumer protection deriving from Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, in so far as it does not allow the general conditions to be challenged on the grounds that they are unfair within the foreclosure process.

Keywords: Unfair terms, mortgage reform, boards of judges, pre-trial matters, questions of unconstitutionality.

declarades nul·les per abusives en sentència inscrita al Registre de Condicions Generals de la Contractació.

II. LA LLEI 1/2013, DE REFORMA HIPOTECÀRIA I DISPARITAT DE CRITERIS DE JUNTES DE JUTGES

La STJUE del 14 de març de 2013, que declara que la normativa espanyola d'execucions hipotecàries s'oposa a la Directiva 93/33/CE, ha donat lloc a diferents juntes de jutges per tal d'adoptar criteris uniformes⁽²⁾.

a) *Junta de Jutges de 1a Instància de Barcelona del 4 d'abril de 2013.*

No s'acorda res pel que fa a la possibilitat que el Jutge d'un procediment declaratiu suspengui l'execució com a mesura cautelar.

Es considerarà abusiu l'interès de demora que sigui superior a 2,5 vegades l'interès legal del diner, fet que es contraposa a l'art. 114.3r LH, que estableix que «els interessos de demora de préstecs o crèdits per a l'adquisició d'habitatge habitual, garantits amb hipoteques constituïdes sobre el mateix habitatge, no podran ser superiors a tres cops l'interès legal del diner i només podran meritarse sobre el principal pendent de pagament» (Llei 1/2013, del 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social. *BOE* del 15 de maig de 2013).

A més, s'acorda que, si els interessos remuneratius ja eren superiors al límit de 2,5 vegades l'interès legal del diner, siguin considerats abusius els interessos de demora que superin en dos punts els interessos remuneratius.

b) *Junta Sectorial de Jutges de 1a Instància de Santiago de Compostel·la del 5 d'abril de 2013.*

S'acorda portar a terme el control d'ofici de l'existència de clàusules abusives abans del despatx de l'execució, donant audiència a la part personada, sense expressió de termini per al compliment d'aquest tràmit. Un cop despatxada l'execució, no admetran com a causa d'oposició l'existència de clàusules abusives, per no haver estat prevista encara pel legislador.

Admeten la suspensió del procediment executiu per prejudicialitat civil (art. 43 LEC), si la part acredita la interposició d'una demanda en el procediment declaratiu corresponent al·legant l'existència de clàusules abusives. **No obstant això, l'art. 697 LEC només admet la prejudicialitat penal en els processos d'execució hipotecària.**

En relació amb els interessos de demora, acorden que seran considerats abusius aquells que superin tres cops l'interès legal del diner del moment en què es va perfeccionar el contracte.

c) *Junta de Jutges de 1a Instància de València del 13 d'abril de 2013.*

Es consideren abusius els interessos de demora de préstecs personals o garantits



amb una hipoteca que superin tres vegades l'interès legal del diner, realitzant sempre una valoració conjunta de les circumstàncies del cas concret. Crida l'atenció que, en aquest cas, el criteri del triple de l'interès legal del diner serveixi com a referent també per als préstecs personals, sense garantia hipotecària.

Es preveu el control d'ofici i a instància de part de les clàusules abusives, i es garanteix en tot cas l'audiència de les parts, sense menció expressa al termini d'aquest tràmit d'audiència ni a cap dels restants mecanismes de control de les clàusules abusives.

d) Els *jutges de Santander* van acordar que es considerarà *abusiu* i, per tant, nul de ple dret que l'interès de demora establert en un préstec superi tres cops l'interès legal establert en el moment del contracte. Amb aquesta disposició, els jutges de Santander van més enllà de la Sentència europea, que parla de l'abusivitat d'algunes d'aquestes clàusules però no estableix uns límits.

e) Els *jutges de 1a Instància de Sevilla* van acordar en junta convocada per unificar criteris al voltant dels procediments per desnonament que, a partir d'ara, analitzaran «cas per cas» si hi ha clàusules abusives en els procediments d'execucions hipotecàries relacionats amb l'habitatge habitual.

f) Les *juntres de jutges de 1a Instància de Toledo, Còrdova i Bilbao* van acordar suspendre cautelarment els procediments d'execució hipotecària fins a l'aprovació de la modificació legislativa que està en tramitació, per tal d'evitar la inseguretat jurídica a nivell suprademarcació i per evitar sentències contradictòries entre els jutjats de les diferents demarcacions.

III. CLÀUSULES ABUSIVES EN PRÉSTECs HIPOTECARIS

1) *Clàusula d'interès variable. Clàusula sòl: transparència, irretroactivitat i afectació a l'objecte principal del contracte. Tsunami jurídic*

La RDGRN del 7 de setembre de 1988 ja deia que «l'entitat creditícia no pot modificar el tipus d'interès de forma lliure i arbitrària».

Dins d'aquest tipus de clàusules, la **clàusula sòl** opera a favor de les entitats financeres garantint sempre uns ingressos mínims, en perjudici del consumidor, doncs estableix un tipus d'interès a pagar pel client independentment de l'evolució del tipus de referència.

— La **STS del 9 de maig de 2013** (LA LEY, 34973/2013), resolent una acció de cessació entaulada per una associació de consumidors contra diverses entitats financeres per la inclusió als seus contractes de préstec hipotecari de límits mínims a les variacions del tipus d'interès (clàusules sòl), ha considerat que aquestes clàusules són abusives per un defecte de transparència i no per un desequilibri excessiu entre la clàusula sòl i el límit màxim a la variació del tipus d'interès (clàusula sostre), fixat normalment en uns límits irracionals.

El realment important de la Sentència és la definició que fa sobre la «falta de transparència», de manera que, havent analitzat les clàusules de les entitats demandades (BBVA, Cajamar i Novagalicia Banco), la redacció confusa ha determinat que les clàusules analitzades no són transparents, bàsicament perquè no es va informar adequadament el client, i així determina el Suprem que la redacció és confusa en alguns casos (subratlla el Tribunal Suprem la redactada pel BBVA), no defineixen clarament que són part integrant de l'objecte del contracte hipotecari i no inclouen anàlisis comparatives o simulacions dels efectes que haurien de produir aquestes clàusules.

El perjudici per al consumidor derivat de la inclusió d'una clàusula d'aquest tipus té a veure, per tant, amb el seu caràcter sorprenent, doncs el client no se n'adona de la seva existència fins que, ja iniciada la relació creditícia, comprova que no es beneficia en la quota periòdica de les successives baixades de l'euríbor.

— Una altra novetat d'aquesta Sentència és la **declaració d'irretroactivitat**. En efecte, declarada la nul·litat del contracte, s'haurien de tornar els diners al prestatari, aplicant el Codi civil espanyol, que determina que la declaració de nul·litat d'una obligació (llegiu *clàusula* en aquest punt) suposarà la recíproca restitució de «les coses que haguessin estat matèria del contracte». Però això no és així en declarar la irretroactivitat de la Sentèn-

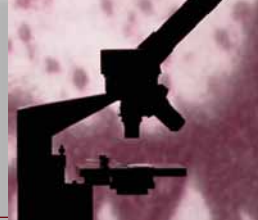
cia. Dit d'una altra manera, la nul·litat de la clàusula no comporta la devolució de les quantitats que s'han abonat de més. L'excusa és «el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic».

El Codi civil espanyol determina que la declaració de nul·litat d'una obligació suposarà la recíproca restitució de «les coses que haguessin estat matèria del contracte»

Malgrat això, la Sentència del Jutjat Mercantil núm. 2 de Màlaga del 23 de maig de 2013 estableix l'**obligació de restituir** les prestacions cobrades indegudament, amb el criteri que «a conseqüència de la nul·litat declarada, han de restituir-se les prestacions derivades de la nul·litat de la clàusula (art. 1303 CC), conseqüència lògica de la declaració de nul·litat, sense que siguin d'aplicació en aquest punt i en aquest cas les conclusions que s'exposen a la Sentència del Tribunal Suprem esmentada del 9 de maig de 2013, que declara la irretroactivitat de la sentència, invocant el principi de seguretat jurídica recollit en l'art. 9.3 CE, pel risc que per al sistema econòmic espanyol pogués suposar aquesta declaració de l'obligació de restituir les prestacions, tenint els jutges i tribunals el deure inexcusable de resoldre els assumptes d'acord amb el sistema de fonts establert (art. 1.7 CC), que estableix la primacia de la llei (art. 1303 CC) sobre la jurisprudència (art. 1 CC)».

La jurisprudència prèvia a la Sentència del Suprem s'havia decantat per condemnar l'entitat financera a la restitució de les prestacions cobrades per aplicació de clàusules sòl als seus contractes de préstec hipotecari, com va ocórrer, per exemple, en la Sentència del Jutjat Mercantil núm. 2 de Bilbao del 7 de març de 2013, que va condemnar el demandat a reintegrar «a l'actor totes les quantitats cobrades en aplicació del tipus mínim per sobre de l'interès variable més el diferencial fixat, amb els interessos legals des de la data de cobrament»⁽³⁾.

— Finalment, la Sentència analitzada controla l'objecte del contracte. La SAP Sevilla de 7.10.2 va considerar que la clàusula sòl és vàlida, amb l'argument que el preu i la seva relació amb l'objecte no es



controlen, és a dir, queden fora del control de contingut de les clàusules abusives de l'art. 82 TRLGDCU, que només subjecta a control el contingut normatiu del contracte «els drets i obligacions de les parts».

La Sentència del Suprem conclou que les clàusules són part inescindible de l'interès nominal del préstec, per la qual cosa formen part de l'objecte principal del contracte, i, a més, que les clàusules relatives a l'objecte principal del contracte són condicions generals de la contractació.

Com bé ha entès la STS del 9 de maig de 2013, mitjançant el control de les clàusules relatives a l'objecte principal del contracte, no es tracta de jutjar si per mor d'una clàusula concreta el preu és car o barat, sinó si a conseqüència d'aquesta clàusula s'ha produït una alteració del preu, tal com va poder ser legítimament percebut pel consumidor.

El control de les clàusules relatives a l'objecte principal del contracte ha de ser, per tant, un control de transparència, si bé té poca importància a aquests efectes que la redacció d'una clàusula concreta sigui clara i comprensible, com exigia l'art. 4.2 de la Directiva 13/1993. La claredat i la comprensibilitat d'una clàusula que incideixi sobre el preu no elimina l'efecte sorprenent que la mateixa pugui provocar al consumidor, perquè aquesta sorpresa no deriva d'una manca de claredat en la redacció de la clàusula, sinó de la defraudació de l'expectativa legítima que el consumidor s'havia representat sobre el preu, a partir de la informació proporcionada per l'empresari. Una clàusula pot ser absolutament clara i comprensible i, malgrat això, provocar una defraudació en l'expectativa del consumidor sobre l'oferta. Per això, la redacció de l'art. 4.2 de la Directiva 13/1993 és deficient, en subjectar l'estàndard de transparència de les clàusules relatives al preu a una mera obligació de redacció clara i comprensible⁽⁴⁾.

Tsunami jurídic

En l'actualitat, s'estan produint tres escenaris diferents: d'una banda, el de les sentències que declaren abusiva la clàusula i obliguen el banc a tornar, amb efecte retroactiu, les quantitats cobrades de més; en segon lloc, els cas en què, tot i declarar-se nul·la la clàusu-

la, només condemnen a retirar-la, i, per últim, les decisions que en confirmen la validesa.

a) Les sentències que s'estan dictant **en contra de la devolució dels diners** per part de les entitats financeres s'emparen en el que dicta el Tribunal Suprem i s'oposen a la devolució de quantitats en cas d'acció individual de nul·litat, tenint en compte que l'Alt Tribunal es va posicionar sobre un cas d'acció col·lectiva. Consideren aplicable allò acordat a la Sentència de maig de 2013 pel que fa a la transcendència que pogués tenir sobre l'ordre socioeconòmic la possibilitat d'acumular els milers d'accions individuals condemnant a la devolució.

Aquest corrent, defensat per alguns tribunals de Madrid o Biscaia, s'empara també en el principi de seguretat jurídica com a excusa per evitar els possibles efectes retroactius. A més, citen una altra STS del 13 de març de 2012, que sosté que la restitució de les quantitats pagades no opera automàticament, sinó que es vincula a un enriquiment injust. Recentment, se sumen a aquest criteri l'Audiència Provincial de Càceres, en Sentència del 24 de febrer de 2014 (rec. 51/2014), i la de

Biscaia, en Sentència del 10 de febrer de 2014 (rec. 549/2013).

b) A l'altre costat de la balança hi ha les audiències d'Àlaba, Alacant o Barcelona, i la majoria dels jutjats, que advoquen per **acordar la devolució** de les quantitats cobrades de més com a efecte inherent a la nul·litat de la clàusula, i a no aplicar, en aquests casos, la irretroactivitat que es declara en la Sentència del Suprem. Els defensors d'aquesta tesi argumenten que s'ha produït un enriquiment injust per part de l'entitat financera, que ha cobrat un plus d'interessos als quals no tenia dret amb una clàusula desequilibrada i contrària a la bona fe contractual. Recentment, se sumen a aquesta tesi els jutjats de 1a Instància núm. 8 de Barcelona, en Sentència del 17 de febrer de 2014 (procés 859/13-6), i núm. 3 de Madrid, en Sentència del 27 de febrer de 2014 (procés 319/2013).

A més, rebutgen les tesis que l'acumulació d'accions individuals podria comportar un perill o efecte transcendent per a l'ordre socioeconòmic. En aquest sentit, censuren que el criteri variï en funció de si es tracta d'una única acció individual, cas en el qual s'ordenaria la





devolució de la quantitat corresponent, o si es produeix una multitud d'accions individuals (com està succeint), cas en el qual suposaria un perill per a l'esmentat ordre socioeconòmic.

Alguns experts adverteixen que si les entitats financeres saben que la declaració de nul·litat de clàusules abusives no implica tornar els diners, lluny d'abstenir-se, les seguiran utilitzant i, fins i tot, de manera massiva, per aconseguir precisament aquest resultat.

Davant de la falta d'unanimitat dels tribunals al voltant de la devolució dels imports pagats de més com estableix l'art. 1303 del Codi civil, l'última paraula la tindrà de nou el Tribunal Suprem, que podria pronunciar-se sobre les accions individuals el proper mes de juny en cassació de la Sentència de l'Audiència Provincial d'Àlaba de juliol de 2013.

Mentrestant, tal com assenyala el Magistrat del Tribunal Suprem Francisco Javier Arroyo al pròleg del llibre *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, la Sentència dictada l'any passat per l'Alt Tribunal «ha generat un "tsunami" jurídic i econòmic, fins al punt que entitats bancàries consolidades les han retirat de la seva oferta, pel risc d'inseguretat que comporten en aquest moment».

2) Clàusula d'interès remuneratiu i moratori. Conseqüències de la nul·litat. Qüestió prejudicial del Jutjat núm. 2 de Marchena

— Els interessos de demora constitueixen la indemnització dels danys i perjudicis causats per la mora del deutor en el compliment de la seva obligació (art. 1108 CC). En principi, no cap fixar per endavant una quantitat límit per damunt de la qual els interessos puguin considerar-se abusius.

En aquest apartat, l'Audiència Provincial de Girona, des de l'any 2005, ha estat entenen que havia d'aplicar-se per analogia el límit de l'art. 19.4 de la llavors vigent Llei 7/95, del 23 març, de contractes de crèdit al consum, que fixa en 2,5 vegades l'interès legal del diner.

Aquesta posició és criticada pels qui entenen que aquest precepte està previst per als interessos remuneratius dels descoberts en compte corrent (són hipòtesis diferents, que obeeixen a supòsits dife-

rents, per la qual cosa no hi ha raó d'analogia). Aquest sector entén que tampoc pot acudir-se al límit de l'art. 7.2 de la Llei 3/2004, de mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials⁽⁵⁾.

Pel que fa a les conseqüències, hi ha diverses posicions. Hi ha jutjats que declaren la nul·litat dels interessos moratoris i, com a tal, del préstec hipotecari, declarant-ne l'arxiu, i altres que permeten l'execució per la resta (interès remuneratiu i interès legal de l'art. 1108 CC, si és sol·licitat).

Hi ha jutjats que declaren la nul·litat dels interessos moratoris i, com a tal, del préstec hipotecari, declarant-ne l'arxiu, i altres que permeten l'execució per la resta

Si la clàusula que estableix els interessos de demora és abusiva, no produirà efecte. Algunes audiències provincials han admès que el jutge integri el contracte, ja sigui fixant els interessos de demora en una xifra que consideri no abusiva, ja sigui limitant-ne la quantitat a 2,5 vegades l'interès legal del diner (així, per exemple, la SAP Múrcia del 28 de juny de 2012).

Aquesta possibilitat de reintegració no és possible, atès que la STJUE del 14 de juny de 2012 (assumpte C-618/10) ha establert la doctrina següent: un cop declarada abusiva la clàusula de fixació d'interessos moratoris, els jutges només poden deixar-la sense efecte, per la qual cosa no estan facultats per modificar-ne el contingut ni integrar-la. La clàusula és nul·la, s'elimina i es considera no posada.

Declarada la nul·litat de l'interès de demora, hi ha qui entén que ha d'aplicar-se l'interès legal de l'art. 1108 CC, per ser norma legal aplicable en defecte de pacte d'interessos moratoris, i altres sostenen que, en aquest cas, no s'aplicarà cap tipus d'interès de demora (interès del 0%), com sostenim a l'Audiència Provincial de Girona. També s'ha sostingut que el prestatari haurà de seguir abonant un interès semblant a l'interès remuneratiu que estigués pagant, doncs si el prestatari, per gaudir de diners aliens, ha d'abonar, per exemple, un interès remuneratiu del 8%, si incompleix i no paga, el més just és que segueixi obligat a pagar un interès del 8%

(l'incompliment no pot beneficiar-lo, reduint-se l'interès a l'interès legal del diner, és a dir, del 8% al 4%).

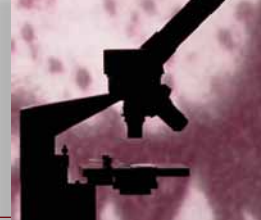
Resulta criticable que l'art. 3.2 de la Llei 1/2013 modifiqui l'art. 114 LH per introduir un tercer paràgraf amb el text següent: «*Els interessos de demora de préstecs o crèdits per a l'adquisició d'habitatge habitual, garantits amb hipoteques constituïdes sobre el mateix habitatge, no podran ser superiors a tres cops l'interès legal del diner i només podran meritarse sobre el principal pendent de pagament. Aquests interessos de demora no podran ser capitalitzats en cap cas, excepte en el supòsit previst a l'art. 579.2.a) de la Llei d'enjudiciament civil*». Hauria estat preferible que aquesta regulació es contemplés a la LEC o a la legislació de consumidors.

Respecte dels interessos remuneratius, només poden ser declarats abusius per manca de transparència⁽⁶⁾.

Segons l'art. 4.2 de la Directiva 93/13, «*l'apreciació del caràcter abusiu de les clàusules no es referirà a la definició de l'objecte principal del contracte ni a l'adequació entre preu i retribució, d'una banda, ni als serveis o béns que hagin de proporcionar-se com a contrapartida, de l'altra, sempre que aquestes clàusules es redactin de manera clara i comprensible*».

És prou conegut que el legislador espanyol no va transposar aquesta important excepció de la Directiva per una rellicada en la tramitació parlamentària, de manera que el respecte a cert marge d'autonomia de la voluntat a l'hora de configurar els elements essencials del contracte malgrat els nous límits introduïts pel règim de clàusules abusives es posava en dubte per silenci legislatiu. Aquests dubtes hermenèutics van portar el Tribunal Suprem a plantejar la qüestió prejudicial i la STJUE del 3 de juny de 2010 fa l'afirmació següent sobre la Directiva 93/13: «*Les clàusules contemplades a l'art. 4.2 estan compreses en l'àmbit regulat per la Directiva i, per tant, com que l'harmonització que persegueix aquesta és de mínims, l'art. 8 també se li aplica (§ 35): els estats membres poden autoritzar un control judicial complet del caràcter abusiu d'aquestes clàusules essencials, doncs això suposarà una protecció efectiva més elevada que la de la Directiva (§ 43)*».

La Sentència literalment assenyala: «*En l'ordenament jurídic espanyol, com*



assenyala el Tribunal Suprem, un òrgan jurisdiccional nacional pot apreciar en qualsevol circumstància, en el marc d'un litigi relatiu a un contracte celebrat entre un professional i un consumidor, el caràcter abusiu d'una clàusula no negociada individualment que es refereixi, en particular, a l'objecte principal d'aquest contracte, fins i tot en supòsits en què aquesta clàusula hagi estat redactada per endavant pel professional de manera clara i comprensible» (§ 42) i «ha d'observar-se que, en autoritzar la possibilitat d'un control jurisdiccional complet del caràcter abusiu de les clàusules, com les contemplades a l'art. 4, apartat 2, de la Directiva [...] la normativa espanyola que es tracta en el litigi principal permet garantir al consumidor, d'acord amb l'art. 8 de la Directiva, una protecció efectiva més elevada que la prevista per aquesta» (§ 43).

De fet, la STS (Ple) del 9 de maig de 2013 adopta una important i innovadora solució per al Dret espanyol vigent, que canvia el *status quo* i s'inclina pel caràcter genuí del control de transparència dels elements essencials. L'Alt Tribunal considera que existeix un doble control o filtre de transparència en els contractes celebrats amb consumidors:

- a) D'una banda, un primer control d'incorporació establert pels requisits de transparència propis de la Llei de condicions generals de la contractació («que és insuficient per eludir [sic] el control d'abusivitat d'una clàusula no negociada individualment, encara que descrigui o es refereixi a la definició de l'objecte principal del contracte, si no és transparent»).
- b) D'altra banda, un control de transparència específic propi dels contractes de consum i derivat del TRLGDCU per a les clàusules no negociades, que «inclou el control de comprensibilitat real de la seva importància en el desenvolupament raonable del contracte».

Dit en altres termes, la Sentència del Suprem entén que existeix un primer control de transparència documental per a totes les condicions generals que, un cop superat, en permet la incorporació, i un segon control de transparència reforçat o específic per als elements essencials del contracte que ha de permetre al consumidor poder conèixer amb senzillesa tant la «càrrega econòmica» del contracte com la «càrrega jurídica», en el sentit de

definició clara de la distribució dels riscos que se'n deriven. Si no es supera aquest segon control, la clàusula pot ser declarada abusiva.

És possible diferenciar quatre grups de sentències del Tribunal Suprem posteriors a Caja Madrid relacionades amb la qüestió de si l'objecte principal del contracte i l'adequació entre preu i contraprestació poden ser objecte de sanció com a clàusules abusives⁽⁷⁾:

- i) En primer lloc, sentències sobre clàusules d'arredoniment a l'alça en els interessos dels préstecs hipotecaris en les quals la STJUE s'usa només com a reforç argumental per declarar en tot cas el seu caràcter abusiu, però deixant en l'ambigüitat si es considera que aquestes clàusules són elements essencials o accessoris del contracte, encara que el Tribunal Suprem sembla deixar entreveure que no les considera essencials (SSTS del 4 de novembre de 2010, del 29 de desembre de 2010 i del 2 de març de 2011); en aquest grup, pot incloure's també la STS del 12 de desembre de 2011, sobre els càrrecs d'emissió de bitllet per part de les companyies de transport aeri, que es nega expressament que suposin el preu del servei principal i es consideren abusives.
- ii) En segon lloc, sentències que eludeixen entrar a jutjar si les clàusules litigioses versen sobre elements essencials del contracte (en casos en què, a diferència dels anteriors, potser podrien ser-ho), eludeixen la cita de l'art. 4.2 de la Directiva i de la STJUE, i conclouen la seva ineficàcia bé per via del requisit de la transparència (SSTS del 22 de desembre de 2009 i del 17 de juny de 2010, sobre productes financers), bé per aplicació de la llista (negra/grisa, a Espanya) de clàusules abusives (STS del 13 de març de 2012, sobre el lloguer d'un aparell necessari per veure els programes de televisió contractats).
- iii) En tercer lloc, una sentència que declara de manera clara i contundent que poden jutjar-se els elements essencials mitjançant el control de contingut de les clàusules abusives basant-se en la sentència Caja Madrid i en la manca de transposició: STS de l'1 de juliol de 2010, sobre les clàusules que defineixen o delimiten el risc cobert en el contracte d'assegurança (clàusula que cla-

rament versa sobre l'objecte principal del contracte ex Considerant 19 de la Directiva). En quart lloc, d) una sentència diametralment oposada a l'anterior que entén que ha d'aplicar-se a Espanya l'art. 4.2 de la Directiva i que no poden controlar-se elements essencials per aquesta via, com clarament ho són els interessos remuneratius dels préstecs (que en constitueixen el preu): STS del 18 de juny de 2012.

- iv) Finalment, en aquest últim grup, es recolza i ratifica sense embuts la solució d'aquesta última sentència, la STS (Ple) del 9 de maig de 2013, que considera les clàusules dels préstecs hipotecaris a interès variable com clàusules definidores de l'objecte principal del contracte (preu) i declara, d'acord amb l'art. 4.2 de la Directiva, desmarcant-se de l'aplicació de la sentència Caja Madrid a l'ordenament espanyol (que havia preconitzat en decisions anteriors), que no procedeix un control material d'aquestes clàusules com a abusives, sinó només un control de transparència.

Els interessos remuneratius en contractes de préstec al consum⁽⁸⁾

L'Audiència Provincial de Madrid (Secció 12a), en la Sentència núm. 79/2013, del 17 de setembre de 2013, sosté que els interessos remuneratius o retributius són desproporcionadament elevats i, per això, els considera nuls. Es tractava d'un interès remuneratiu pactat de l'1,84% mensual (un 22,08% anual).

La Sentència, tot i admetre que els interessos retributius són diferents dels motoris, entén que aquells (els retributius) no poden ser desproporcionadament alts, doncs, en cas contrari, la clàusula que els estableix és abusiva. Per constatar aquesta desproporció, atén a dos criteris: i) l'interès legal en l'any de concessió del crèdit, que era del 5,5% anual, i ii) l'art. 19.4 de la Llei 7/1995, del 23 de març, de crèdit al consum, que per als descoberts en compte corrent impedeix que s'apliqui un tipus d'interès que doni lloc a una taxa anual equivalent superior a 2,5 vegades l'interès legal del diner. La Sentència admet que aquest art. 19.4 LCC no és directament aplicable al cas, però que pot servir com a pauta orientativa per analitzar la proporcionalitat que pot



existir en els interessos remuneratius en un altre tipus de relacions.

L'art. 19.4 LCC no és directament aplicable al cas, però pot servir com a pauta orientativa per analitzar la proporcionalitat entre els interessos remuneratius en altres tipus de relacions

A la vista del que s'ha exposat, la Sentència conclou que la clàusula que fixa els interessos remuneratius és nul·la per abusiva, per superar en excés l'índex de referència assenyalat en l'any de celebració del contracte (any 2008) i per ser desproporcionada. Com que un cop declarada nul·la una clàusula el Jutge no pot integrar el contracte ni moderar els interessos abusius, d'acord amb la STJUE del 12 de juny de 2012, el prestador només té dret a cobrar l'interès legal del diner des de la data de reclamació judicial del capital.

Segons aquesta mateixa tesi respecte de l'aplicació analògica de l'art 19.4 de la derogada Llei 7/95, de crèdit al consum, i actualment en l'art. 20.4 de la Llei 16/2011, s'ha plantejat, també, l'aplicació analògica a operacions de finançament diferents de les contemplades en l'àmbit d'aplicació de la norma per la SAP Barcelona del 7 d'octubre de 2008; la SAP Múrcia del 18 d'abril de 2007 (LA LEY, 159494/2007); la SAP Alacant, Secció 9a, del 25 de maig de 2010 (LA LEY, 105006/2010); l'AAP Santa Cruz de Tenerife del 24 de maig de 2010 (LA LEY, 223507/2010); la SAP Tarragona del 7 de juny de 2010; l'AJPI núm. 7 de Valladolid del 10 de febrer de 2011; la SAP Àlaba del 13 d'abril de 2011 (LA LEY, 51659/2011); l'AAP Tarragona del 17 de maig de 2011; l'AAP Girona de l'1 de novembre de 2011; l'AAP Tarragona del 10 de gener de 2012; la SAP Múrcia del 28 de juny de 2012; l'AAP Cadis del 25 de maig de 2012, i, en el mateix sentit, la STS del 23 de setembre de 2010.

La qüestió és si cap el control del contingut sobre el preu, sobre els interessos remuneratius pactats en un préstec. La STJUE del 3 de juny de 2010 (assumpte C-484/08) va entendre que sí, deduint del silenci de la llei espanyola l'admissió implícita del control de contingut sobre els elements essencials. Aquesta solució, al meu parer (i coincideixo en aquest

extrem amb la dogmàtica civil), és inadequada, doncs dels principis del nostre Dret constitucional i civil (arts. 10.1 i 38 CE; arts. 1255, 1291 i 1293 CC, etc.) es dedueix que no cap control de contingut sobre el preu. Malgrat una primera opinió contrària —SSTS del 4 de novembre de 2010 (LA LEY, 203282/2010), del 29 de desembre de 2010 (LA LEY, 244468/2010) i del 12 de desembre de 2011—, així ho ha entès també el Tribunal Suprem —SSTS del 18 de juny de 2012 (LA LEY, 144032/2012) i del 9 de maig de 2013 (LA LEY, 34973/2013).

En conseqüència, no cap control de contingut (i, per tant, no és possible analitzar si és o no abusiva) sobre la clàusula que fixa l'interès retributiu en un préstec.

No obstant això, cap el control de transparència en aquest tipus de contractes de préstec, arran de la STS del 9 de maig de 2013, que considera l'existència d'un doble filtre de transparència en contractes amb consumidors? Personalment, crec que sí, i així ho apliquem a l'Audiència de Girona.

No obstant això, no podem oblidar que al nostre sistema privat no poden pactar-se interessos elevats, doncs la Llei del 23 de juliol de 1908, de repressió de la usura, prohibeix els préstecs usuraris, i l'analitzat per l'Audiència de Madrid (un 22,08% anual), ho era. Llavors, per què no s'aplica la Llei d'usura? Perquè les conseqüències de la consideració de l'interès com a usurari són insatisfactòries per al consumidor, doncs es declararà la nul·litat del préstec usurari amb les conseqüents obligacions liquidadores, entre d'altres, l'obligació del prestatari de restituir el capital prestat. Davant d'això, el TRLGDCU només declara la nul·litat de la clàusula abusiva, però el contracte roman vàlid.

La qüestió consisteix a determinar si els tribunals poden crear regles alternatives guiats pel principi *pro consumatore*.

3) Clàusula de compensació de saldos de deutes amb els dipòsits del deutor en la mateixa entitat bancària

En la pràctica bancària habitual, és comú trobar clàusules de compensació d'aquest tipus: «L'entitat podrà compensar el saldo existent al compte per amortitzar

qualsevol crèdit o oposició creditora que posseeixi respecte del titular».

La Sentència de l'11 de maig de 2005, emesa per la Secció 13a de l'Audiència Provincial de Madrid, en resoldre en apel·lació sobre de la licitud o nul·litat de disset clàusules generals típiques de la contractació bancària, declara que les relatives al «dret de l'entitat a disposar dels diners de clients que no han contractat cap deute amb ella» no poden ser «genèricament anul·lades», doncs el nostre ordenament permet a un tercer, degudament informat, assumir voluntàriament la responsabilitat del cotitular deutor.

No obstant això, excepciona els casos en els quals:

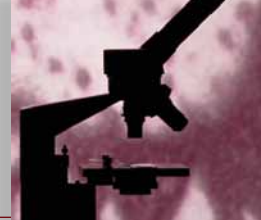
- El deute correspongués només a part dels cotitulars, no a la resta, cas en el qual coincidiria en ells la doble condició de deutor i responsable.
- No s'hagin compromès tots els titulars, bé directament en virtut del contracte de compte corrent o de dipòsit, bé mitjançant un altre compte associat, a respondre solidàriament o a autoritzar la compensació dels deutes pertanyents a qualsevol d'ells entre els actius dels altres. I sempre que aquesta autorització sigui coneguda i acceptada expressament pels usuaris.

En la mateixa línia, el Tribunal Suprem entén que serà vàlida aquesta clàusula quan estiguis redactada de manera transparent, clara, concreta i senzilla. En aquest sentit, STS del 16 de desembre de 2009 (LA LEY, 273170/2009).

Al meu parer, aquesta clàusula podria ser declarada nul·la, si escau, per aplicació de l'art. 88.1 TRLGDCU, que estableix la nul·litat de les clàusules abusives que imposen al consumidor «la imposició de garanties desproporcionades al risc assumit».

4) Clàusula d'arrodoniment a l'alça⁽⁹⁾

El Tribunal Suprem, en la Sentència 75/2011, del 2 de març, ha confirmat el caràcter abusiu de la clàusula que arrodonia a l'alça el tipus d'interès variable de les hipoteques de Banco Popular, SA, per la qual cosa l'entitat financera ha de tornar als seus clients els imports que els hagi cobrat en excés. En concret, aquesta clau-



sula dels contractes hipotecaris permetia a la caixa esmentada l'arrodoniment «al quart de punt superior», en referència al tipus d'interès que es pren com a base per a les revisions anuals de l'interès aplicable al préstec hipotecari i a qualsevol altra d'anàloga.

La clàusula d'arrodoniment del tipus inicial, continguda al contracte de préstec hipotecari subscrit entre l'entitat bancària i el client, està redactada literalment de la manera següent: «Si la suma del tipus bàsic de referència i el marge o diferencial no fos múltiple exacte d'un quart de punt percentual, el tipus d'interès resultant s'arrodonirà al múltiple superior d'aquest quart de termini».

El Tribunal Suprem només admet la validesa de les clàusules de venciment anticipat quan concorri justa causa, consistent en veritable i manifest deixament de les obligacions de caràcter essencial

La STS del 4 de novembre de 2010 (LA LEY, 203282/2010) va declarar, d'una banda, abusives per als consumidors les «fórmules d'arrodoniment a l'alça de les fraccions de punt», basant-se en els arts. 8.2 de la Llei 7/1998, del 13 d'abril, i 10 bis de la Llei 26/1984, del 19 de juliol, en tractar-se, com en aquest cas, d'estipulacions no negociades individualment, que, en contra de les exigències de la bona fe, causaven, en perjudici del consumidor, un desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte. D'altra banda, la mateixa Sentència va mantenir que resulta indiferent si es tracta o no de fixació del preu, perquè la STJUE del 3 de juny de 2010 (TJUE 2010, 162) —assumpte C-484/08— ha resolt, en interpretació de l'art. 4 de la Directiva 93/13/CEE, del 5 d'abril (LCEur 1993, 1071), que aquest no s'oposa al fet que una normativa nacional autoritzi un control jurisdiccional del caràcter abusiu de les clàusules contractuals que es refereixen a la definició de l'objecte principal del contracte o a l'adequació entre preu o retribució i serveis o béns que hagin de proporcionar-se com a contrapartida. Els òrgans jurisdiccionals nacionals, diu aquesta Sentència, poden «apreciar en

qualsevol circumstància, en el marc d'un litigi relatiu a un contracte celebrat entre un professional i un consumidor, el caràcter abusiu d'una clàusula no negociada individualment que es refereixi, en particular, a l'objecte principal d'aquest contracte, fins i tot en supòsits en què aquesta clàusula hagi estat redactada per endavant pel professional de manera clara i comprensible».

En el mateix sentit es van pronunciar les SSTS núm. 861/2010, del 29 desembre (LA LEY, 244468/2010) i núm. 651/2010, del 2 novembre.

5) Clàusula de venciment anticipat

La STJUE del 14 de març de 2013 estableix, respecte de la clàusula de venciment anticipat, en l'apartat 73, que:

En particular, pel que fa, en primer lloc, a la clàusula relativa al venciment anticipat en els contractes de llarga durada per incompliment del deutor en un període limitat, correspon al Jutge remitent comprovar especialment, com va assenyalar l'Advocat General als punts 77 i 78 de les seves conclusions, si la facultat del professional de donar per vençuda anticipadament la totalitat del préstec depèn del fet que el consumidor hagi incomplert una obligació que revesteixi caràcter essencial en el marc de la relació contractual de la qual es tracti, si aquesta facultat està prevista per als casos en els quals l'incompliment té un caràcter prou greu pel que fa a la durada i a la quantia del préstec, si aquesta facultat constitueix una excepció respecte de les normes aplicables en la matèria i si el Dret nacional preveu mitjans adequats i eficaços que permetin al consumidor subjecte a l'aplicació d'aquesta clàusula posar remei als efectes del venciment anticipat del préstec.

Partint del que s'estipula a l'apartat 73 de la STJUE, són dos els requisits que han de complir-se perquè la clàusula de venciment anticipat sigui considerada abusiva:

1. L'incompliment pel consumidor d'una obligació que tingui la consideració d'essencial en el contracte.
2. Que l'incompliment sigui prou greu, tenint en compte la durada i la quantia del préstec.

Respecte de les clàusules de venciment anticipat, ha de posar-se de manifest la seva total validesa, emparades pel Tribunal Suprem (Sala 1a) en la Sentència del 4 de juny de 2008 (LA LEY, 61759/2008), quan va declarar que només s'entendran nul·les les clàusules de venciment anticipat en relació amb l'exercici abusiu de l'entitat creditora, com per exemple: incompliments irrelevants, concurrència de circumstàncies deixades al lliure albir de l'entitat financera i causar perjudici de manera desproporcionada i no equitativa.

La STS del 16 de desembre de 2009, en analitzar la clàusula de venciment anticipat per impagament d'una sola de les quotes, diu al respecte que la doctrina jurisprudencial és clara en el sentit d'admetre'n la validesa: «La doctrina jurisprudencial més recent ha declarat, basant-se en l'art. 1255 CC, la validesa de les clàusules de venciment anticipat en els préstecs quan concorri justa causa —veritable i manifest deixament de les obligacions de caràcter essencial, com pot ser l'incompliment pel prestatari de l'obligació d'abonar les quotes d'amortització del préstec. En aquesta línia es manifesten les sentències del 7 de febrer de 2000 (LA LEY, 5727/2000) (encara que per a l'àmbit del contracte d'arrendament financer); 9 de març de 2001; 4 de juliol de 2008, i 12 de desembre de 2008 (LA LEY, 5727/2000)».

En definitiva, el Tribunal Suprem només admet la validesa de les clàusules de venciment anticipat quan concorri justa causa, consistent en veritable i manifest





deixament de les obligacions de caràcter essencial, però no quan es tracta d'obligacions accessòries o incompliments irrellevants. A més, d'entendre d'una altra manera la clàusula, pràcticament es deixaria la resolució del contracte a la discrecionalitat de l'entitat financera, amb manifest desequilibri per al prestatari, usuari del servei (STS del 16 de desembre de 2009).

6) Clàusula de liquidació unilateral de l'import del deute impagat

La Sentència núm. 792/2009 del Tribunal Suprem ja va marcar les línies generals en matèria de clàusules abusives:

El denominat pacte de liquiditat —o de liquidació— és vàlid perquè és un pacte processal per acreditar un dels requisits processals del despatx d'execució, quina és la liquiditat o determinació del deute, i, per tant, per poder formular la reclamació judicial d'aquesta —SS del 30 d'abril i 2 de novembre de 2002, 7 de maig de 2003, 21 de juliol i 4 de novembre de 2005; arts. 520.1, 550.1.4t, 572.2 i 573.1.3r LEC. Aquesta és la finalitat del pacte —despatx d'execució— i, per tant, no obsta a la impugnació de la quantitat expressada en la certificació bancària mitjançant l'oposició corresponent i sense alterar les normes en matèria de càrrega de prova. La previsió legal és clara i excusa de qualsevol altra informació contractual al respecte, i així ho han entès els tribunals, per la qual cosa no s'infringeixen els arts. 2.1.d) i 10.1a) LGDCU, ni la DA 1a, apartat 14è

En el mateix sentit de donar com a vàlida la clàusula, la STC del 10 de febrer de 1992 i les SSTs del 7 de maig de 2003 i del 3 de febrer de 2005.

L'AAP Barcelona (Secció 14a) del 29 de novembre de 2010 recull la doctrina fixada per l'anterior Sentència.

El problema no és la clàusula en sí mateixa, sinó que, en cas d'error en el càlcul, l'executat no pot oposar-se dins del procediment d'execució hipotecària. L'art. 695.1.2a es refereix com a causa d'oposició a l'«error en la determinació de la quantitat exigible», però aquesta possibilitat només va referida als casos en què «el deute garantit sigui el saldo que presenti el tancament d'una compte entre executant i executat». De lege fe-

renda sembla aconsellable ampliar la causa d'oposició a l'error en la determinació de la quantitat exigible en qualsevol cas, i no només en els supòsits regulats a l'art. 153 LH, d'hipoteca en garantia de compte corrent de crèdit⁽¹⁰⁾.

Qüestions prejudicials

- 1) *El jutjat de 1a Instància i instrucció núm. 2 de Marchena* ha plantejar una qüestió prejudicial, amb data del 16 d'agost de 2013, que versa precisament sobre aquesta qüestió, en aquests termes:

Si un jutge aprecia l'existència d'una clàusula abusiva relativa a interès moratori en préstecs hipotecaris, ha de procedir a declarar-ne la nul·litat i el caràcter no vinculant o, per contra, ha de procedir a moderar la clàusula d'interessos donant trasllat a l'executant perquè recalculi l'interès.

- 2) *El jutjat d'Instància de Miranda de Ebro (Burgos)* planteja tres qüestions en una Interlocutòria del 17 de febrer de 2014. El jutge planteja aquesta qüestió a partir del procés que està jutjant, en el qual un banc reclama a una dona un import de 78.025,21 euros per les tres quotes de la hipoteca que no va poder pagar després de la mort del seu marit.

— La primera consisteix a preguntar al TJUE si la norma espanyola que estableix que els interessos moratoris no poden excedir tres vegades l'interès legal del diner és conforme al Dret de la Unió, i si s'entén que impedeix al jutge controlar si aquests interessos, tot i ser inferiors a aquest límit, són abusius en funció de les circumstàncies concretes del cas.

— En la segona qüestió, es pregunta al TJUE si la norma espanyola que permet en qualsevol cas que el banc pugui reclamar tot el préstec pendent de pagament i els interessos, si el consumidor ha impagat tres mesos, és conforme amb el Dret de la Unió i impedeix al jutge nacional controlar el caràcter abusiu d'aquesta clàusula, atenent a les circumstàncies concretes de cada cas.

- 3) *El jutjat de 1a Instància núm. 2 de Santander, en la Interlocutòria del 19 de novembre de 2013*, ha plantejat una

qüestió prejudicial: si d'acord amb la Directiva 93/13/CEE, del Consell, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, i, en particular, dels arts. 6.1 i 7.1, quan un jutge nacional aprecii l'existència d'una clàusula abusiva sobre el venciment anticipat, ha de deduir considerar-la no posada i extreure les conseqüències inherents, fins i tot encara que el professional hagi esperat el temps mínim previst a la norma nacional.

La clàusula 6a bis, de venciment anticipat, deia: «*El banc podrà declarar el venciment total anticipat del préstec i exigir anticipadament la devolució del capital amb els interessos i les despeses fins al dia de la completa solvència en els casos següents: a) Falta de pagament en els venciments d'una part qualsevol del capital del préstec o dels interessos.*»

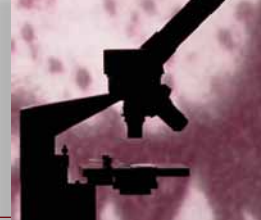
El que va fer el banc va ser esperar a l'impagament de quatre mesos.

La pregunta és si aquesta estratègia unilateral del banc no constitueix una integració prohibida pel TJUE en les sentències del 14 de juny de 2012 i del 30 de maig de 2013, si l'efecte dissuasiu no lliga amb el fet que el banc que ha forçat un pacte abusiu en salvi la nul·litat amb el senzill expedient d'esperar que passi temps.

En si mateixa, la clàusula de venciment anticipat no pot ser considerada abusiva, doncs aquesta possibilitat ve reconeguda legalment a l'art. 693.2 LEC: «*Podrà reclamar-se la totalitat del que es deu per capital i per interessos si s'hagués convingut el venciment total en cas de falta de pagament d'algun dels terminis diferents i aquest conveni estigués inscrit al Registre.*»

Podrà reclamar-se la totalitat del que es deu per capital i per interessos si s'hagués convingut el venciment total en cas de falta de pagament

La pregunta és, llavors, la següent: si n'hi ha prou amb qualsevol impagament o fa falta desatendre un mínim de men-



sualitats perquè es pugui considerar abusiu el venciment anticipat. La qüestió mereix un pronunciament legislatiu exprés per establir quantes mensualitats impagades poden justificar un venciment anticipat o, almenys, determinar uns criteris objectius i clars en relació amb la durada del préstec hipotecari.

En definitiva, la clàusula de venciment anticipat per impagament, en si mateixa, no és abusiva (està reconeguda expressament a l'art. 693 LEC), però sí que pot ser-ho l'aplicació en cada cas, per exemple, perquè el nombre de quotes impagades que pot desencadenar el venciment anticipat es consideri molt reduït en relació amb la durada del préstec.

- 4) La recent STJUE (Sala 1a) del 16 de gener de 2014 (assumpte C-226/12. Constructora Principado, SA, i José Ignacio Menéndez Álvarez. Directiva 93/13/CEE), en resposta a una qüestió prejudicial interposada per l'Audiència Provincial d'Oviedo l'any 2012, en un procés sobre compravenda d'habitatge on es discutia l'obligació del comprador d'atendre l'impost de plusvàlua i els drets d'alta en els diversos subministraments de l'habitatge, fonamentant-se la demanda en què l'estipulació 13a del contracte, en execució de la qual l'adquirent havia hagut de pagar les quantitats referides, havia de considerar-se abusiva en virtut de l'art. 10 bis de la Llei 26/1984, segons la modificació realitzada per la Llei 7/1998, atès que no havia estat negociada i originava un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts contractants, el Tribunal de Justícia declara:

L'art. 3, apartat 1, de la Directiva 93/13/CEE, del Consell, del 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, ha d'interpretar-se en el sentit que:

— *L'existència d'un «desequilibri important» no requereix necessàriament que els costos posats a càrrec del consumidor per una clàusula contractual tinguin una incidència econòmica important per a aquest en relació amb l'import de l'operació de què es tracti, sinó que pot resultar del simple fet d'una lesió prou greu de la situació jurídica en la qual aquest consumidor es troba, com a part del contracte, en virtut de les disposicions nacionals aplicables, ja sigui en forma d'una restricció del contingut dels drets que, segons aquestes disposicions, li confereix el contracte, o bé d'un obstacle a l'exercici d'aquests, o també del fet que se li imposi una obligació addicional no prevista per les normes nacionals.*

— *Incumbeix el Tribunal remitent, per apreciar la possible existència d'un desequilibri important, tenir en compte la naturalesa del bé o del servei que sigui objecte del contracte, considerant totes les circumstàncies concurrents en el moment de la celebració del contracte, així com totes les altres clàusules d'aquest.*

Qüestions d'inconstitucionalitat

- 1) El Jutjat núm. 7 d'Avilés ha plantejat una qüestió d'inconstitucionalitat per determinar si la redacció donada per la Llei 1/2013, del 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social, respecte al ca-

pítol III, art. 7, punt 14, que dóna una redacció nova a l'art. 695 LEC i que ofereix la possibilitat que l'executat hipotecari pugui al·legar com a motiu d'oposició el caràcter abusiu de les clàusules al punt 1.4t, en relació amb el punt 4, paràgraf 2n, ha vulnerat pel que fa a la regulació del sistema de recursos contra la resolució que resolgui els motius d'oposició exposats reconeguts legalment.

- 2) El Grup Socialista del Congrés dels Diputats té plantejada una qüestió d'inconstitucionalitat sobre la Llei 1/2013, del 14 maig, que ha estat admesa pel Tribunal Constitucional amb data de 24 de setembre de 2013.

- (1) Javier Gómez Gallico, Registrador de la Propietat de la DGRN.
- (2) Alicia Agüero Ortiz, Centro Estudios Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).
- (3) Lourdes García Montoro, Centro Estudios Consumo, UCLM.
- (4) Francisco Pertíñez Vilchez, Facultat de Dret de la Universidad de Granada, juliol de 2013.
- (5) Manuel J. Marín López, Catedràtic de Dret civil de l'UCLM, CECO, octubre de 2013.
- (6) Sergio Cámara Lapuente, Catedràtic de Dret civil de la Universidad de La Rioja, CECO.
- (7) Sergio Cámara Lapuente, Catedràtic de Dret civil de la Universidad de La Rioja, CECO.
- (8) Manuel J. Marín López, Catedràtic de Dret civil de l'UCLM, CECO, gener de 2014.
- (9) Pascual Martínez Espín, Professor de Teoria del dret civil a l'UCLM, CECO.
- (10) Andrés Domínguez Luelmo, Catedràtic de Dret civil a l'UV, CECO, núm. 5/2013.

Legislació continuada de protecció dels deutors hipotecaris fins a la Llei 1/2013

Jesús M. Sánchez García
Advocat

Conferència pronunciada a la Jornada “Informació i control del clausulat dels préstecs hipotecaris”, celebrada al Col·legi el passat 2 d’abril

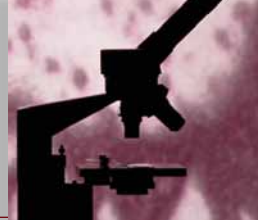
SUMARI

- a) RDL 8/2011, DE 7 DE JULIOL, DE MESURES DE SUPORT ALS DEUTORS HIPOTECARIS
- b) LLEI 37/2011, DE 10 D'OCTUBRE, DE MESURES D'AGILITZACIÓ PROCESSAL
- c) RDL 6/2012, DE 9 DE MARÇ, DE MESURES URGENTS DE PROTECCIÓ DE DEUTORS HIPOTECARIS SENSE RECURSOS
- d) LLEI 5/2012, DE 20 DE MARÇ, DE MESURES FISCALS, FINANCERES I ADMINISTRATIVES I DE CREACIÓ DE L'IMPOST SOBRE LES ESTADES EN ESTABLIMENTS TURÍSTICS DEL PARLAMENT DE CATALUNYA
- e) LLEI 5/2012, DE 6 DE JULIOL, DE MEDIACIÓ EN AFERS CIVILS I MERCANTILS
- f) RDL 27/2012, DE 15 DE NOVEMBRE, DE MESURES URGENTS PER REFORÇAR LA PROTECCIÓ ALS DEUTORS HIPOTECARIS
- g) LLEI 1/2013, DE 14 DE MAIG, DE MESURES PER REFORÇAR LA PROTECCIÓ ALS DEUTORS HIPOTECARIS
- h) ANÀLISI DE LES REFORMES LEGISLATIVES REALITZADES DES DEL RDL 8/2011 FINS A LA LLEI 1/2013



La ponència que m’han assignat permet analitzar la situació amb caràcter retrospectiu i comprovar que ens trobem davant del que podríem denominar «legislació del pedaç», amb passos endavant i endarrere, en què es legisla, moltes vegades, de manera improvisada i que de poc o de res ha servit per resoldre la verdadera proble-

màtica de tots aquells ciutadans que es troben al llindar de l’exclusió social, llevat de provocar una innecessària litigiositat i de sobrecarregar la feina dels tribunals, que han hagut de realitzar un esforç titànic suplint les carències del legislador mitjançant interpretacions, en molts casos forçades, d’una deficient tècnica legislativa.



Fem un repàs a les reformes realitzades en aquests darrers anys des del RDL 8/2011 fins a la reforma de la LEC a través de la Llei 1/2013.

a) RDL 8/2011, de 7 de juliol, de mesures de suport als deutors hipotecaris

A través del RDL 8/2011, es va modificar l'art. 671 LEC, dirigit a afavorir els executats hipotecaris, i es va establir un límit mínim per a l'adquisició del bé hipotecat per l'executant, passant del 50 % al 60 % del valor de taxació l'import pel qual l'executant podia adquirir el bé subhastat.

Una altra novetat va ser la modificació de l'art. 671, suprimint la possibilitat d'adquirir el bé «per tots els conceptes», de manera que l'executant únicament podia adquirir el bé pel 60 % o per més del 60 % del valor que va servir de tipus a la subhasta.

No obstant això, hem de tenir present que aquesta reforma va tenir un efecte limitat en el temps, ja que, a través de l'art. 37 de la Llei 37/2011, de mesures d'agilització processal, es va afegir una nova disposició addicional 6a a la LEC, limitant els supòsits d'adjudicació del 60 % del valor de taxació només a les execucions hipotecàries de l'habitatge habitual del deutor i tornant al 50 % del valor de taxació per a la resta d'immobles, com també la possibilitat de poder-li adjudicar al creditor executant per la quantitat que se li degués per tots els conceptes en aquests supòsits.

Una altra de les novetats del RDL 8/2011 va ser l'augment del llindar de la inembargabilitat d'ingressos mínims familiars un cop produïda la transformació de l'execució hipotecària en definitiva, per incrementar la quantitat inembargable establerta a l'art. 607.1 LEC en un 50 % i, a més a més, en un altre 30 % del salari mínim interprofessional per cada membre del nucli familiar que no disposi d'ingressos propis regulars, salari o pensió, superiors al salari mínim interprofessional.

b) Llei 37/2011, de 10 d'octubre, de mesures d'agilització processal

Va donar una nova redacció a l'art. 579 LEC per permetre que el deutor hipotecari pogués oposar-se, tant per qüestions de forma com de fons, a despatxar l'execució quan es produeix la conversió de l'execució hipotecària en definitiva.

FITXA TÈCNICA



Resum: La ponència permet comprovar que ens trobem davant del que podríem denominar «legislació del pedaç», amb passos endavant i endarrere, en què es legisla, moltes vegades, de manera improvisada i que de poc o de res ha servit resoldre la verdadera problemàtica de tots aquells ciutadans que es troben al llindar de l'exclusió social, llevat de provocar una innecessària litigiositat i de sobrecarregar la feina dels tribunals, que han hagut de realitzar un esforç titànic suplint les carències del legislador mitjançant interpretacions, en molts casos forçades, d'una deficient tècnica legislativa.

Paraules clau: Protecció de deutors hipotecaris, agilització processal i mediació.

Abstract: This paper demonstrates that we are confronting what we could call "patch legislation," with steps forward and backwards, which are often legislated in an improvised way, which has been of little or no service in resolving the real problems of all citizens who are on the verge of social exclusion; it has served only to provoke an unnecessary litigiousness, which in turn produces an excessive burden of work on the courts, who have had to make a tremendous effort to fill the gaps of the legislation with interpretations, which are often forced and demonstrate a deficient legislative technique.

Keywords: Protection of mortgage debtors, procedural facilitation, mediation.

Igualment, la Llei 37/2011 va modificar l'art. 651 LEC i va afegir una nova disposició addicional 6a, sobre l'adjudicació de béns immobles i va establir que:

En el cas de les adjudicacions sol·licitades pel creditor executant en els termes que preveu la secció VI del capítol IV del títol IV del Llibre III i sempre que les subhastes en les quals no hi hagi cap postor es facin sobre béns immobles diferents de l'habitatge habitual del deutor, el creditor podrà demanar l'adjudicació dels béns per la quantitat igual o superior al 50 per cent del seu valor de taxació o per la quantitat que se li degui per tots els conceptes.

Així mateix, en els termes que preveu la secció esmentada i per als esmentats béns immobles diferents de l'habitatge habitual del deutor, quan la millor postura oferta sigui inferior al 70 per cent del valor pel qual el bé hagi sortit a subhasta i l'executat no hagi presentat postor, el creditor podrà demanar l'adjudicació de l'immoble pel 70 per cent o per la quantitat que se li degui per tots els conceptes, sempre que aquesta quantitat sigui superior a la millor postura.

c) RDL 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos

El RDL 6/2012, si bé d'escassa aplicació pràctica, va suposar una transformació essencial en el Dret d'Obligacions en general

—art. 1255, 1256 i 1911 CC— i en el Dret Hipotecari en especial —art. 105 LH.

El RDL 6/2012 va ser modificat a través de l'art. 8 de la Llei 1/2013, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social.

Fa uns anys, era materialment impen-sable que el legislador pogués abordar una reforma legal en què es regulés la dació en pagament, fora de la previsió de l'art. 140 LH.

Si el creditor executant opta per acudir al procés d'execució hipotecària, la LEC va reforçar la seva posició. Aquesta Llei permet que, quan l'import obtingut per la realització del bé hipotecat no satisfaci la totalitat del crèdit reclamat, se segueixi el procediment pels tràmits de l'execució ordinària.

No obstant això, el marc legal del RDL 6/2012 és molt restrictiu; això fa que sigui inaplicable a la pràctica i, tot i que va obrir una porta que feia entreveure, en un futur no gaire llunyà, altres reformes importants que estenguessin la previsió legal regulada en aquest RDL a molts altres supòsits, el cert és que les reformes posteriors van disminuir aquestes esperances.

El RDL 6/2012 va intentar pal·liar els efectes de la crisi econòmica que pateix el nostre país i que ha provocat que moltes famílies, a conseqüència de la situació de desocupació en què s'han vist abocades,



no hagin pogut complir amb les obligacions creditícies assumides, especialment les derivades dels préstecs i crèdits hipotecaris per a l'adquisició de l'habitatge habitual, fet que ha provocat una allau de procediments hipotecaris, amb la pèrdua de l'habitatge habitual per a aquestes i la subsistència d'un deute, en no cobrir el valor de l'immoble l'import total endeutat.

El RDL 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, regula diversos mecanismes conduents a permetre la reestructuració del deute hipotecari als qui es trobin en el llindar de l'exclusió, i estableix uns criteris molt rígids per poder acollir-s'hi.

Les persones que es troben en aquesta situació podran sol·licitar i obtenir de l'entitat financera creditora la reestructuració del seu deute hipotecari, sempre que l'entitat creditora s'hagi adherit al Codi de Bones Pràctiques que regula el mateix RDL.

El RDL també regula la dació en pagament en els supòsits d'habitatge habitual, per al supòsit que no siguin viables ni el pla de reestructuració ni les mesures complementàries.

La dació en pagament podrà sol·licitar-la el deutor en el termini de dos mesos des de la sol·licitud de reestructuració, i l'entitat financera té l'obligació d'acceptar l'entrega del bé hipotecat pel deutor a la mateixa entitat o tercera persona que aquesta designi; el deute garantit amb hipoteca i les responsabilitats personals del deutor i de tercers quedaran definitivament cancel·lats.

Les persones que es troben en el llindar de l'exclusió podran sol·licitar i obtenir de l'entitat financera creditora la reestructuració del seu deute hipotecari

El deutor podrà sol·licitar al creditor romandre durant un termini de dos anys a l'habitatge en concepte d'arrendatari, amb els requisits previstos en aquest.

Per acabar, el RDL 6/2012 regulava, també, el procediment d'execució extrajudicial de l'habitatge habitual del deutor.

d) Llei 5/2012, de 20 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives i de creació de l'impost sobre les estades en establiments turístics del Parlament de Catalunya

El novembre de 2011, es va crear un grup de treball al si del Síndic de Catalunya per fer propostes d'esmena en relació amb l'execució hipotecària i amb el sobreendeutament de les persones físiques, com també per afavorir l'accés a l'habitatge social.

Fruit d'aquests treballs i d'aquestes propostes d'esmena, va néixer la regulació, a través de l'art. 63 de la Llei 5/2012, d'una bonificació del 100 % en la quota tributària de l'impost sobre l'ITP i AJD, amb un límit de 500.000 euros de la base de la novació dels crèdits hipotecaris.

e) Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en afers civils i mercantils

Modifica l'ordinal 3r de l'apartat 1 de l'art. 559, i hi dona la següent redacció:

3r Nul·litat radical del despatx de l'execució perquè la sentència o el laude arbitral no contenen pronunciaments de condemna, o perquè el laude o l'acord de mediació no compleix els legals requisits exigits per comportar execució, o per infracció, en despatxar-se execució, del que disposa l'art. 520.

Com és sabut, la regulació anterior es tablia «nul·litat radical del despatx d'execució perquè la sentència o el laude arbitral no contenen pronunciaments de condemna, perquè el document presentat no compleix els requisits legals exigits per portar aparellada execució, o per infracció, en despatxar-se execució, del que disposa l'art. 520».

Amb l'actual regulació, sembla desprendre's que només es podrà al·legar nul·litat del títol per no complir els requisits legals exigits per a portar aparellada execució quan es tracti d'un laude o un acord de mediació, la qual cosa, evidentment, no és comprensible, i s'ha d'entendre que la de-

núncia dels defectes per no complir els requisits legals exigits per a portar aparellada execució podrà invocar-se, igualment, respecte de qualsevol dels documents a què faci referència l'art. 517 LEC.

f) RDL 27/2012, de 15 de novembre, de mesures urgents per reforçar la protecció als deutors hipotecaris

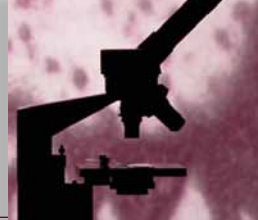
El RDL 27/2012 pretén regular la suspensió dels llançaments sobre habitatges habituals de col·lectius especialment vulnerables i d'un àmbit molt restrictiu pels requisits exigits als art. 3 i 4 del RDL.

Conforme a la disposició transitòria 4a, el RDL 27/2012 és d'aplicació als processos judicials o extrajudicials d'execució hipotecària que s'hagin iniciat a l'entrada en vigor del RDL en què no s'hagi executat el llançament.

Són dues les mesures que preveu aquest RDL: la suspensió immediata i per un termini de dos anys dels desnonaments de les famílies que es troben en situació especial de risc d'exclusió, i un manament al Govern perquè emprengui mesures necessàries per impulsar, juntament amb el sector financer, la constitució d'un fons social d'habitatges destinats a oferir cobertura a aquelles persones que hagin estat desallotjades del seu habitatge habitual per l'impagament del préstec hipotecari i que, per la seva situació econòmica, no puguin accedir a un habitatge.

g) Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris

Aquesta reforma processal pretén adequar la nostra llei procedimental a la STJUE de 14 de març de 2013, i ens vam trobar amb la desagradable situació que el Tribunal europeu va haver de recordar al legislador espanyol que el nostre sistema processal s'oposava a la legislació europea, situació que, malauradament, no va saber apreciar el Tribunal Constitucional, que va rebutjar *in limine litis* la qüestió d'inconstitucionalitat plantejada pel Magistrat Sr. Guillem Soler del procediment d'execució hipotecària regulat a la LEC, a través de la tristament recordada interlocutòria dictada pel Ple del Tribunal Constitucional 113/2011, de 19 de juliol



de 2011, amb el vot particular en contra del Magistrat Sr. Eugeni Gay.

No obstant això, aquesta reforma processal ha provocat una clara inseguretat jurídica i desconcert, i prova d'això són les qüestions prejudicials plantejades davant el TJUE i les qüestions d'inconstitucionalitat promogudes davant el Tribunal Constitucional.

Així, a nivell comunitari, ens trobem amb les decisions prejudicials plantejades pel Jutjat de 1a Instància núm. 2 de Santander, pel Jutjat de 1a Instància núm. 2 de Marchena —afer 548/2013 TJUE— i pel Jutjat de 1a Instància núm. 1 de Miranda de Ebro i, dins del nostre país, hi ha les qüestions d'inconstitucionalitat promogudes pel Partit Socialista —providència d'admissió del Tribunal Constitucional de 24 de setembre de 2013, núm. d'afer 4985-2013— i pel Jutjat de 1a Instància núm. 7 d'Avilés.

La Llei 1/2013 no només ha reformat el procediment especial d'execució hipotecària, sinó també el procediment ordinari d'execució dinerària, la normativa reguladora del qual és d'aplicació supletòria al primer, en virtut del que disposa l'art. 681.1 LEC.

Entre les reformes processals de la Llei 1/2013, cal destacar:

- 1) Es permet la denúncia de possibles clàusules abusives en el títol executiu, i es reforma per a aquest fi l'art. 557.1.7 LEC per a l'execució no judicial en general i l'art. 695.1.4 LEC, en seu d'execució hipotecària, i es regula un control judicial d'ofici d'aquestes clàusules, que recull un nou segon apartat de l'art. 552.1 LEC, sense perjudici del que es preveu a les disposicions transitòries 2a i 4a de la Llei, pel que fa al recàlcul d'interessos i a l'incident d'oposició, respectivament.
- 2) A través de l'art. 575.1.bis, s'estableix una limitació de l'import de les costes exigibles al deutor executat en el supòsit d'execució del seu habitatge habitual, en no poder superar el 5 % de la quantitat reclamada a la demanda executiva.
- 3) Es reforma, igualment, l'art. 579 LEC quant a les possibilitats de condonació parcial del romanent en el supòsit d'adjudicació de l'habitatge per l'entitat executant.

- 4) Es reforma l'art. 671.1 per al supòsit que la subhasta del bé immoble conclogui sense cap postor. Quan no es tracti de l'habitatge habitual del deutor, el creditor podrà demanar l'adjudicació pel 50 % del valor pel qual el bé hagi sortit a subhasta o per la quantitat que se li degui per tots els conceptes. Si es tracta de l'habitatge habitual del deutor, l'adjudicació es farà per import igual al 70 % del valor pel qual el bé hagi sortit a subhasta o, si la quantitat que se li deu per tots els conceptes és inferior a aquest percentatge, pel 60 %.

S'estableix una limitació de l'import de les costes exigibles al deutor executat en el supòsit d'execució del seu habitatge habitual, en no poder superar el 5 % de la quantitat reclamada

- 5) Per acabar, reforma el procediment de venda extrajudicial del bé hipotecat, a través de l'art. 3, que a parer meu continua sent inconstitucional, malgrat els esforços del legislador d'utilitzar eufemismes, per pretendre donar cobertura legal a un procediment d'execució extrajudicial que és manifestament inconstitucional.

La primera pregunta que ens hem de fer és si malgrat els esforços del legislador per mantenir la validesa legal d'aquesta forma d'execució a través del procediment notarial d'execució hipotecària, mitjançant l'eufemisme *venda extrajudicial* —disposició final 9a de la LEC 1/2000, el RDL 6/2012 i la Llei 1/2013—, ens trobem davant d'un procediment que vulnera la nostra Carta Magna, com ha resolt la Sala 1a del Tribunal Suprem en diverses de les seves sentències⁽¹⁾, declarant la inconstitucionalitat sobrevinguda de l'art. 129.2 LH. Encara que totes resolguin procediments anteriors a la LEC 1/2000, com expressament es ressalta en el darrer incís del fonament de dret 3r de la STS de 25 de maig de 2009⁽²⁾.

La Sala 3a del Tribunal Suprem, a conseqüència de sengles recursos interposats contra el RD 290/92, de 27 de març, pel CGAE i la Unió de Consumidors de la Comunitat de Madrid, per inconstituci-

onalitat sobrevinguda, no preceptivitat d'assistència lletrada i indefensió del procediment notarial, va desestimar els recursos en les seves sentències de 16 i 23 d'octubre de 1995⁽³⁾, per entendre que el procediment executiu extrajudicial no vulnera l'art. 117 CE, i va resoldre que el procediment extrajudicial per a l'execució d'hipoteques no vulnera el monopoli jurisdiccional dels jutges i tribunals, ni el dret a l'assistència lletrada.

I la Direcció General dels Registres i del Notariat s'ha pronunciat a favor de la legalitat i constitucionalitat del procediment extrajudicial d'execució hipotecària en diverses resolucions⁽⁴⁾, com ha tingut ocasió de recordar en les seves recents resolucions de 28 de novembre de 2012⁽⁵⁾ i de 10 de gener de 2013⁽⁶⁾.

Però la realitat és que, malgrat el canvi de denominació realitzat per la disposició final 9a de la LEC, quan parlem del procediment de venda extrajudicial, ens trobem davant d'un verdader procediment d'execució del bé immoble hipotecat, paral·lel al procediment d'execució hipotecària regulat a la LEC i, per tant, davant d'un acte de coerció, el monopoli





del qual, conforme al text constitucional, ostenten només els jutges i tribunals.

Partint d'aquestes premisses, el procediment notarial de venda extrajudicial conforme a la regulació vigent vulnera el dret de tutela judicial efectiva consagrat a l'art. 24 CE, i aquesta vulneració no s'ha esmenat amb la reforma realitzada per la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social.

h) Anàlisi de les reformes legislatives realitzades des del RDL 8/2011 fins a la Llei 1/2013

El cert és que, amb la reforma processal realitzada a través de la Llei 1/2013, s'han limitat notablement les possibilitats de defensa en molts dels supòsits que fins aquell moment eren possibles.

Així, es limita a un mínim de tres les quotes impagades per donar per vençuda l'obligació total, sense que això pugui donar cobertura a un possible desequilibri contractual en contractes de llarga duració, i es limiten els interessos moratoris a tres vegades l'interès legal del diner per

a l'habitatge habitual, modificant l'art. 114 LH i permetent el recàlcul dels interessos moratoris a través de la disposició transitòria 2a, en clara contradicció amb la STJUE de 14 de juny de 2012.

Igualment, es modifica l'art. 579 LEC, i no es permet la interpretació flexible del concepte *producte* per als supòsits d'adjudicació del bé subhastat per l'entitat financera executant.

I, per acabar, es modifiquen els art. 671 i 682.2.1 LEC. Amb la promulgació de la LEC de l'any 2000, coincidien en les execucions hipotecàries d'immobles el valor de taxació amb el tipus de subhasta.

Amb la reforma de la Llei 1/2013, es modifica el terme *valor sortida a subhasta* per l'anterior de *valor de taxació*, i s'estableix, a més, el reformat art. 682.2.1 LEC que «*en l'escriptura de constitució de la hipoteca es determini el preu en què els interessats taxen la finca o bé hipotecat perquè serveixi de tipus a la subhasta, que no podrà ser inferior, en cap cas, al 75 per cent del valor assenyalat en la taxació realitzada conforme a les disposicions de la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari*».

D'altra banda, no s'ha modificat amb la Llei 1/2013 la disposició addicional 6a de la LEC, que continua fixant el «*valor de taxació*».

Per tant, el deutor hipotecari de l'habitatge habitual, a parer meu, queda en pitjor posició, malgrat haver-se elevat el percentatge d'adjudicació des del 60 % al 70 %, respecte del valor de sortida a subhasta, no del valor de taxació, sense que el tipus pugui ser inferior al 75 % del valor assenyalat en la taxació realitzada.

- (1) STS de 4 de maig de 1998 (LA LEY, 4465/1998); STS de 13 de desembre de 2005; STS de 10 d'octubre de 2007 (LA LEY, 154035/2007); STS de 14 de juliol de 2008 (LA LEY, 96235/2008); STS de 25 de maig de 2009 (LA LEY, 92040/2009).
- (2) STS, Sala 3a, de 23 d'octubre de 1995 (LA LEY, 885/1996).
- (3) STS, Sala 3a, de 16 d'octubre de 1995.
- (4) RDGRN de 28 de maig de 2001 (BOE 154/2001, de 28 de juny de 2001) (LA LEY, 4483/2001) i RDGRN de 13 de febrer de 2004 (BOE 72/2004, de 24 de març de 2004) (LA LEY, 38265/2004).
- (5) RDGRN de 28 de novembre de 2012 (BOE 304/2012, de 19 de desembre de 2012).
- (6) RDGRN de 10 de gener de 2013 (BOE 39/2013, de 14 de febrer de 2013).

Informació i control de les clàusules dels préstecs hipotecaris

Verónica Dávalos Alarcón
Advocada

Conferència pronunciada a la Jornada “Informació i control del clausulat dels préstecs hipotecaris”, celebrada al Col·legi el passat 2 d’abril.

SUMARI

- I. OFERTA VINCULANT I INFORMACIÓ PRÈVIA A L'AUTORITZACIÓ DEL PRÉSTEC HIPOTECARI
- II. OFERTA VINCULANT A L'ORDRE EHA 2899/2011

I. OFERTA VINCULANT I INFORMACIÓ PRÈVIA A L'AUTORITZACIÓ DEL PRÉSTEC HIPOTECARI

Com bé sabem, l’oferta vinculant (OV) és un document en què s’especifiquen les condicions financeres corresponents a les clàusules financeres del préstec hipotecari, un cop realitzada la taxació del bé immoble, la situació registral de la finca i la capacitat econòmica del prestatari.

Les entitats bancàries estan obligades a entregar l’OV al futur consumidor prestatari, tenint un termini de validesa (avui dia) no inferior a catorze dies des de la seva data d’entrega.





FITXA TÈCNICA

Resum: Com bé sabem, l'oferta vinculant és un document en què s'especifiquen les condicions financeres corresponents a les clàusules financeres del préstec hipotecari, un cop realitzada la taxació del bé immoble, la situació registral de la finca i la capacitat econòmica del prestatari. L'article també defineix altres conceptes com el FIPRE i la FIPER.

Paraules clau: Préstec hipotecari, clàusules i oferta vinculant.

Abstract: As we are well aware, a binding offer is a document specifying the financial conditions corresponding to the financial clauses of a mortgage-backed loan, once the valuation of the property, the registry situation of the land, and the economic capacity of the borrower have all been carried out and verified. The article also defines other concepts such as the FIPRE (Precontractual information sheet) and the FIPER (Customized information sheet).

Keywords: Mortgage loan, clauses, binding offer.

1) *Obligatorietat de l'oferta vinculant*

Préstecs hipotecaris (fins al 29 d'abril de 2012).

Segons disposa l'art. 5 de l'**Ordre de 5 de maig de 1994, sobre la transparència de les condicions financeres en els préstecs hipotecaris** (derogada per l'Ordre EHA 2899/11), l'entitat bancària estarà **obligada** a efectuar una OV de préstec al potencial prestatari (o, si escau, notificar-li la denegació del préstec).

Aquest article descriu la forma de realitzar l'OV, per escrit, i especifica les condicions financeres que es recullen a l'Annex II, que, breument, cal detallar: a) capital del préstec (import de préstec; forma d'entrega de l'import de préstec; núm. de c/c especial); b) amortització (dates de primer i últim pagament d'amortització; nombre, periodicitat i quantia de les quotes; condicions per al reemborsament anticipat; facultats per alterar el calendari d'amortització); c) interessos ordinaris (interès nominal, si fix o variable; data d'inici de meritació d'interessos; periodicitat i forma de liquidació; nombre de dies que es considerarà que té l'any per al càlcul dels interessos meritats); d) interès variable (definició del tipus d'interès aplicable; identificació i ajustament del tipus d'interès o índex de referència; límits a la variació del tipus d'interès aplicable, màxims i mínims; llindar mínim de fluctuació i arrodoniments del tipus d'interès aplicable; comunicació al prestatari del tipus d'interès aplicable); e) comissions (obertura, altes), taula de pagaments i tipus d'interès

anual equivalent, i f) despeses a càrrec del prestatari.

Cal destacar que aquest mateix precepte ens indica, al seu apartat 2n, que a l'OV es farà constar el dret del prestatari a examinar el projecte de document contractual almenys els tres dies hàbils previs a l'atorgament de l'escriptura del préstec hipotecari, al despatx del Notari autoritzant.

L'Ordre de 5 de maig de 1994, com dèiem, va ser derogada per l'Ordre EHA 2899/2011, de 28 d'octubre de 2011, de transparència i de protecció del client de serveis bancaris, i va entrar en vigor el 29 d'abril de 2012.

Respecte a l'OV, cal dir que la gran diferència és que no és obligatòria per a l'entitat bancària. És a dir, l'art. 23 de l'Ordre EHA 2899/2011 expressament indica que «el client podrà sol·licitar a l'entitat l'entrega d'una OV».

El que sí que és obligatori és el FIPRE i la FIPER.

La fitxa d'informació precontractual (FIPRE), recollida expressament a l'art. 21 de l'Ordre EHA 2899/2011, ens indica que les entitats, mitjançant aquesta fitxa, han de proporcionar informació «clara i suficient» sobre els préstecs que ofereixen, i ha de tenir caràcter orientatiu. A l'Annex I es recullen els criteris que ha d'incloure la FIPRE, i m'hi remeto.

Però la FIPER, que és la fitxa d'informació personalitzada, mereix especial atenció. L'art. 22 de l'Ordre EHA 2899/2011 ens la defineix com la informació personalitzada per donar resposta a la deman-

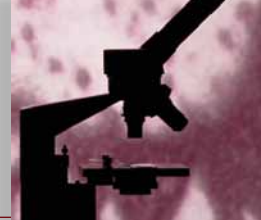
da de crèdit del client, de manera que li permeti comparar els préstecs disponibles al mercat, valorar-ne les implicacions i adoptar una decisió fundada sobre si ha de subscriure o no el contracte. El model de la FIPER el trobem a l'Annex II de l'Ordre EHA 2899/2011.

La FIPER es defineix com la informació personalitzada per donar resposta a la demanda de crèdit del client, de manera que li permeti comparar els préstecs disponibles al mercat

Cal fer entrega de la FIPER a tots els clients, de manera gratuïta, amb la deguda antelació i abans que el prestatari quedi vinculat per qualsevol contracte o oferta.

La FIPER, com a mínim, ha de contenir:

0. Un **text introductori** que doni resposta a la sol·licitud sol·licitada pel client i especifiqui clarament la data de validesa.
1. La identificació de l'entitat de crèdit.
2. **Les característiques del préstec:** import i moneda del préstec, si no s'expressa en moneda nacional; durada del préstec; tipus de préstec; classe de tipus d'interès aplicable; import total a reemborsar; import màxim de préstec disponible en relació amb el valor del bé immoble i, si escau, garantia.
3. **Tipus d'interès.** La TAE (cost total del préstec expressat en forma de percentatge anual). Cal advertir que serveix per ajudar el prestatari a comparar les diferents ofertes. Cal deixar aquí establert el valor en percentatge o el tipus de referència més la diferència, si es tractés d'un tipus variable o variable limitat.
4. **Periodicitat i nombre de pagaments.** Si el reemborsament és mensual, i el nombre total de quotes de la vigència del préstec compostes de capital i interessos.
5. **Import de cada quota hipotecària.** Cal indicar l'import, com ha estat calculat i un escenari simulat de l'evolució



ció del tipus d'interès als mers efectes informatius.

6. **Taula d'amortitzacions.** En aquesta taula es realitza una mostra de l'import que s'ha de pagar segons la periodicitat, el tipus d'interès, les quotes, el capital pendent, l'import i la moneda del préstec, la durada del préstec, el tipus d'interès i l'exemple de la taula d'amortització. Amb especial advertència de la variabilitat de les quotes, si escau.
7. **Vinculacions i altres costos:** obligacions del prestatari i, si és procedent, advertència que les condicions de préstec descrites, incloent-hi el tipus d'interès aplicable, poden variar en cas d'incompliment de les obligacions esmentades. Quant als costos, a més dels inclosos, cal indicar els costos que s'abonen d'una sola vegada, com, per exemple, la taxació, la verificació registral, els impostos, els aranzels de gestoria i l'OV de subrogació. I els costos que s'han d'abonar mensualment, com l'assegurança de riscos de danys i d'incendi de l'habitatge.
8. **Amortització anticipada:** cal advertir de la possibilitat, si es dona el cas, de poder amortitzar anticipadament el préstec, i especificar les condicions d'aquesta amortització i el procediment a seguir, per internet, telèfon, etc.
9. **Dret de subrogació.** Si escau, el client pot subrogar el préstec a una altra entitat sense el consentiment del banc amb el qual subscriu el préstec.
10. **Departament d'Atenció al Client:** totes les dades del Departament d'Atenció al Client de l'entitat bancària, com també les del Defensor del Client, si escau.
11. **Serveis de reclamacions al Banc d'Espanya:** passos a seguir per efectuar la reclamació al Banc d'Espanya (les mateixes dades del Banc d'Espanya), si no ha respòs el Departament d'Atenció al Client de l'entitat o si el client no està d'acord amb la resposta de l'entitat.
12. **Incompliment dels compromisos vinculats al préstec: conseqüències per al client.** Es detallen els tipus d'incompliment, com, per exemple, no complir amb les condicions de vin-

culació establertes a l'OV i a l'escriptura pública. I, sobretot, no complir amb les condicions essencials: falta de pagament d'almenys tres quotes mensuals o d'un nombre de quotes que suposi que el deutor ha incomplert la seva obligació per un termini equivalent a tres mesos.

Conseqüències financeres i/o jurídiques (per exemple, la conseqüència del VA del préstec).

13. **Si escau, informació addicional,** en el cas de vendes a distància: la legislació escollida per l'entitat de crèdit com a base per a l'establiment de les relacions amb el client amb anterioritat a la formalització del contracte de crèdit és... [l'espanyola, per exemple]. Detall de l'idioma en què es facilitarà la informació i documentació contractual.
14. **Riscos i advertències.** Detall dels riscos que comporta un préstec hipotecari:
 - a) Si es redueixen ingressos, que es pugui fer front a la quota hipotecària.
 - b) Examinar el projecte de document contractual al despatx del Notari tres dies abans de la formalització.
 - c) Es pot perdre l'habitatge si no s'efectuen els pagaments puntualment.
 - d) El prestatari respon davant l'entitat del pagament del préstec no només amb el seu habitatge, sinó també amb els seus ingressos presents i futurs.
 - e) Si és el cas, tenir en compte el fet que el tipus d'interès del préstec no és fix durant tot el període de vigència.
 - f) Si hi ha una clàusula sòl-sostre, descriure clarament que el prestatari no es beneficiarà de les baixades d'interès de referència per sota del límit.
 - g) Advertir d'altres tributs i despeses que haurà de pagar el prestatari (per exemple, despeses notariales).

II. OFERTA VINCULANT A L'ORDRE EHA 2899/2011

Si bé dèiem que l'OV no era obligatòria des que va entrar en vigor l'Ordre EHA 2899/2011 (el 29 d'abril de 2012), sí que escau a l'entitat bancària entregar-la **si el client la sol·licita**.

Aquesta OV es facilitarà a través d'una FIPER, en què s'especificarà que es tracta d'una OV i el termini de vigència d'aquesta oferta. La informació addicional que l'entitat faciliti al client a l'OV figurarà en un document separat, que s'adjuntarà a la FIPER. Si coincideixen en temps la FIPER i l'OV, es pot realitzar en un únic document i tindrà un termini de validesa no inferior a catorze dies naturals des de la seva data d'entrega.

L'art. 30 de l'Ordre EHA 2899/2011 detalla l'acta d'atorgament:

1. En matèria d'elecció de Notari, s'atindrà al que disposa el Reglament Notarial, aprovat per Decret de 2 de juny de 1944, i altres disposicions aplicables.

2. El client tindrà dret a examinar el projecte d'escriptura pública de formalització del préstec hipotecari, al despatx del Notari, almenys durant els tres dies hàbils anteriors al seu atorgament. El client podrà renunciar expressament, davant del Notari autoritzant, en el termini indicat, sempre que l'acte d'atorgament de l'escriptura pública tingui lloc a la mateixa Notaria.

El client podrà renunciar expressament, davant el Notari autoritzant, en el termini indicat, sempre que l'acte d'atorgament de l'escriptura pública tingui lloc a la mateixa Notaria

3. En la seva condició de funcionaris públics i derivat del seu deure genèric de **control de legalitat dels actes i negocis que autoritzen**, els notaris denegaran l'autorització del préstec quan aquest no compleixi el que preveu l'Ordre EHA 2899/2011 i la legalitat vigent. Així mateix, els notaris informaran el client del valor i l'abast de les obligacions que asumeix i, en qualsevol cas, hauran de:



a) Comprovar si el client ha rebut adequadament i amb suficient antelació la FIPER i, si escau, si existeixen discrepàncies entre les condicions de l'OV i el document contractual finalment subscrit, i informar el client tant de l'obligació de l'entitat de posar a la seva disposició la FIPER com d'acceptar finalment les condicions ofertes al client a l'OV dins del termini de la seva vigència.

b) En el cas de préstecs de tipus d'interès variable, comprovar si el client ha rebut la informació prevista als art. 24 (informació addicional sobre instruments de cobertura del risc del tipus d'interès), 25 (informació addicional de clàusules sòl i sostre) i 26 (tipus d'interès variable), i advertir-lo expressament quan es doni alguna de les circumstàncies següents:

1r Que el tipus d'interès de referència pactat no sigui un dels oficials a què es refereix l'art. 27.

2n Que el tipus d'interès aplicable durant el període inicial sigui inferior al que resultaria teòricament d'aplicar en aquest període inicial el tipus d'interès variable pactat per als períodes posteriors.

3r Que s'hagin establert límits a la variació del tipus d'interès, com ara clàusules sòl o sostre. En particular, el Notari consignarà a l'escriptura aquesta circumstància i advertirà expressament d'això al client i l'informarà, en tot cas, sobre:

i) Els efectes d'aquests límits davant la variació del tipus d'interès de referència.

ii) Les diferències entre els límits a l'alça i a la baixa i, de manera especial, si s'ha establert únicament un límit màxim a la baixada del tipus d'interès.

c) Informar el client de qualsevol augment rellevant que es pugui produir en les quotes a conseqüència de l'aplicació de les clàusules financeres pactades. En particular, haurà d'advertir dels efectes que l'existència, si escau, de períodes de carència tindria en l'import de les quotes un cop finalitzats aquests períodes; així mateix, advertirà de la previsible evolució d'aquestes quan s'hagin pactat quotes creixents o quan s'hagi previst la possibilitat d'interrompre o posposar l'amortització del préstec.

d) Informar el client de l'eventual obligació de satisfer a l'entitat certes quantitats en concepte de compensació per desistiment o per risc de tipus d'interès en els termes previstos als art. 8 i 9 de la Llei 41/2007, de 7 de desembre, per la qual es modifica la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari i altres normes del sistema hipotecari i financer, de regulació de les hipoteques inverses i l'assegurança de dependència, i per la qual s'estableix determinada norma tributària.

e) En el cas que el préstec no estigui denominat en euros, advertir el client sobre el risc de fluctuació del tipus de canvi.

f) Comprovar que cap de les clàusules no financeres del contracte implica per al client comissions o despeses que s'haurien hagut d'incloure a les clàusules financeres.

g) En el cas d'hipoteca inversa, haurà de verificar l'existència del corresponent assessorament independent. En cas que la formalització de la hipoteca inversa es faci en contra de la recomanació realitzada per l'assessorament independent, caldrà advertir el client d'aquest punt.

h) Informar el client dels costos exactes de la seva intervenció.

Convé apuntar un breu recordatori de la Interlocutòria del Tribunal Suprem de 3 de juny de 2013, aclaridora de la STS de 9 de maig de 2013, relativa a l'abusivitat de les clàusules sòl-sostre, en què el fonament jurídic 1r, apartat 2.2, assenyala:

2.2. No existeixen mitjans taxats per obtenir el resultat: un consumidor perfectament informat.

13. També es dedueix amb claredat de la sentència l'aclariment de la qual s'interessa que el perfecte coneixement de la clàusula, de la seva transcendència i de la seva incidència en l'execució del contracte, a fi que el consumidor pugui adoptar la seva decisió econòmica després d'haver estat informat complidament, és un resultat insubstituïble, tot i que susceptible de ser assolit per pluralitat de mitjans. Per al futur, no pot lligar-se de forma automàtica al





compliment de determinades fórmules, tantes vegades convertides en formalismes mancats d'eficàcia real. I, cap al passat, no tolera buidar de contingut la sentència que condemna a eliminar dels contractes en vigor les clàusules declarades nul·les.

Això suposa analitzar el paper dels professionals amb funcions públiques que intervenen en l'atorgament i la inscripció de l'escriptura de préstec amb garantia hipotecària: Notari i Registrador.

Com recullen nombroses resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat, entre les quals, la Resolució de 14 de novembre de 2007 (BOE 303/2007, de 19 de desembre de 2007):

El Notari autoritzant de l'escriptura —i amb independència de qui el triï— té el deure ex lege de controlar la legalitat del negoci formalitzat. Mitjançant aquest control, realitzat per un funcionari públic en el moment de formació del negoci documentat o en el d'adquisició de la seva fixació, s'elimina tota incertesa sobre la comprovació de la suficiència de les facultats representatives acreditades.

L'autorització de l'instrument públic pel Notari compleix una funció múltiple. En imposar-se al Notari l'obligació de donar fe, conforme a les lleis, dels contractes i altres actes extrajudicials i de vetllar perquè l'atorgament s'adeqüi a la legalitat, com també per la regularitat formal i material dels actes o negocis jurídics que autoritzi o intervingui, es tutel·len, a la vegada, nombrosos interessos. Aquesta autorització notarial protegeix, en primer lloc, les parts contractants i, en particular —tractant-se de transmissió del domini o drets reals—, l'adquirent, tot controlant la titularitat i el poder de disposició del transmissor, com també —entre altres punts— advertint les parts de les conseqüències legals i fiscals de l'acte, amb especial assistència

als consumidors o part dèbil en la contractació immobiliària. *Es tracta, així, de procurar una informació cabdal que permeti prestar, en suma, un consentiment suficientment assessorat, tot això amb simultaneïtat al moment de la transacció econòmica, per instar seguidament del Registre, per via telemàtica, amb caràcter immediat posterior a l'atorgament, sense solució de continuïtat, l'extensió, si escau, del corresponent assentament de presentació.*

En aquest sentit, resulta destacable el que disposa la Resolució d'1 d'octubre de 2010 (BOE 270/2010, de 8 de novembre de 2010) respecte de la submissió i el control de les clàusules abusives pel Notari autoritzant. Sobre això, la dita Resolució destaca:

En segon lloc, no és possible ignorar l'origen comunitari de gran part de la normativa espanyola en matèria de protecció de consumidors i la necessitat que les autoritats nacionals facin una interpretació conforme al Dret comunitari de l'ordenament nacional, interpretació que el Tribunal de Justícia de la UE ha ampliat a l'aplicació de les directives. Segons la Sentència Von Colson i la reiterada jurisprudència posterior de la Cort de Luxemburg, l'obligació dels Estats Membres, derivada d'una directiva, d'aconseguir el resultat previst per aquesta, com també el seu deure d'adoptar totes les mesures generals o particulars necessàries per assegurar l'execució d'aquesta obligació, s'imposen a totes les autoritats dels Estats Membres, autoritats entre les quals cal incloure tant notaris com registradors.

La Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules abusives en contractes formalitzats amb consumidors —transposada a l'ordenament espanyol mitjançant Reial Decret-Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei

General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris— és clara respecte d'això, tal com ha posat de manifest recentment l'Advocada General en la seves conclusions a l'afer C-40/08, en exigir expressament dels Estats Membres, en interès dels consumidors i dels competidors professionals, «mitjans adequats i eficaços» perquè cessi l'ús de clàusules abusives. Coherentment amb aquests imperatius, la Sala Primera del Tribunal Suprem, en la seva recent Sentència de 16 de desembre de 2009, reitera el paper actiu del Registrador en presència d'una clàusula abusiva, en confirmar l'entitat pròpia de l'activitat registral respecte de la judicial i diferenciar entre no inscrivibilitat i nul·litat d'una clàusula (fonament dotzè). Així, per a la protecció del consumidor, en l'acte d'atorgament, a més de controlar que s'ha rebut i entès la FIPER i l'OV, i de la informació prevista i relativa a les clàusules essencials del contracte, no puc deixar de pronunciar-me sobre el deure del Notari autoritzant d'informar adequadament sobre l'abast real de l'art. 140 LH en relació amb el 105 i el 1911 CC. Recordem que l'art. 105 LH dicta: «La hipoteca es podrà constituir en garantia de tota classe d'obligacions i no alterarà la responsabilitat personal il·limitada del deutor que estableix l'art. 1911 del Codi Civil», i existeix l'art. 140, que diu: «No obstant el que disposa l'art. 105, es podrà pactar vàlidament en l'escriptura de constitució de la hipoteca voluntària que l'obligació garantida es faci solament sobre els béns hipotecats». S'està renunciant expressament a que l'obligació garantida recaigui únicament sobre la finca hipotecada, i el consumidor haurà de respondre, a més, amb tots els béns presents i futurs.

I faig aquesta reflexió en especial atenció al suïcidi d'un consumidor afectat a Dènia (Alacant), amb el seu procediment d'execució hipotecària en marxa, exhortant així a la responsabilitat social de tots i totes per aconseguir aquesta major protecció a la part dèbil del contracte d'adhesió del préstec hipotecari.

El control notarial de les clàusules abusives: contingut i fases. Un intent de posada al dia

Antonio Ángel Longo Martínez
Notari de Barcelona

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. CLÀUSULES ABUSIVES: DETERMINACIÓ DIRECTA I INDIRECTA
- III. APRECIACIÓ DE L'«ABUSIVITAT»
- IV. CONCLUSIÓ

I. INTRODUCCIÓ

Si hi ha un tema d'actualitat en l'àmbit de la contractació bancària, aquest és el relatiu al control de les clàusules abusives, sobretot arran de la jurisprudència dels darrers anys del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, entre les sentències més recents del qual destaquen la de 14 de juny de 2012 i la de 21 de febrer de 2013 —en què ja s'hi avança la minva que per als drets del consumidor representa la necessitat d'oposició d'aquest per tal que el Tribunal pugui apreciar l'existència d'una clàusula abusiva — i, sobretot, la de 14 de març de 2013 —*cas Aziz*—, que resol, ja en l'àmbit hipotecari, que si el deutor ha plantejat en judici declaratiu la possible abusivitat d'alguna clàusula, el Jutge que hi entengui ha de poder adoptar les mesures necessàri-



es per paralitzar l'execució suggerida en un altre jutjat fins que es resolgui sobre aquesta eventual abusivitat.

La doctrina del TJUE va provocar la promulgació de la Llei 1/2013, de 14 de maig, que modifica els procediments d'execució hipotecària ordinari, judicial directe i extrajudicial. Quasi simultàniament, el Tribunal Suprem dictava la Sentència de 9 de maig de 2013, sobre

l'anomenada *clàusula sòl*. La repercussió de tot això en l'esfera judicial ha estat immediata, amb abundància de demandes i sentències de diferent índole. Finalment, la qüestió s'ha acabat plantejant en l'àmbit de la seguretat jurídica preventiva, on la Direcció General dels Registres i del Notariat ja ha dictat algunes resolucions que cal analitzar a l'efecte de perfilar la conducta adequa-



da de notaris i registradors. Abans, però, sembla necessari fer una posada al dia sumària dels antecedents legislatius i jurisprudencials.

II. CLÀUSULES ABUSIVES: DETERMINACIÓ DIRECTA I INDIRECTA

La determinació de quan una clàusula és abusiva exigeix distingir diferents supòsits. Així, podem trobar:

- 1) La clàusula que encaixa amb la regla general de l'art. 82.1 TRLGDCU, l'abusivitat de la qual resulta del fet de ser contrària a les exigències de la bona fe i de causar, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i les obligacions.
- 2) La clàusula subsumible en alguns dels supòsits específics regulats als art. 85 a 90 TRLGDCU, que recullen una llista de clàusules abusives «en tot cas», és a dir, sense necessitat d'aquesta concreta apreciació d'absència de bona fe o de desequilibri en les contraprestacions a què es refereix la regla general de l'art. 82.1.

Ara bé, aquests articles contenen uns supòsits més clarament definits que altres, i per això és habitual parlar de «llista negra» i «llista gris» de clàusules abusives: un exemple de clàusula enquadable a la llista negra és el de l'art. 90.3: «La imposició al consumidor de les despeses de documentació i tramitació que per llei corresponguin a l'empresari», mentre que s'inclouria a la llista gris, entre molts altres, el supòsit de l'art. 87.6, que parla de les estipulacions que imposen al consumidor «obstacles onerosos o desproporcionats» per a l'exercici dels seus drets, com per exemple «terminis de durada excessiva».

- 3) D'altra banda, una clàusula pot ser abusiva perquè així ho ha decretat el Jutge en sentència inscrita al Registre de Condicions Generals de la Contractació. És el cas d'aquelles a què es refereix la STS de 16 de desembre de 2009; per exemple, la que en relació amb la compensació del deute amb el saldo de comptes o dipòsits del deutor s'inclou a les escriptures del Banco Santander, enfront de les quals sobre aquesta mateixa matèria s'inclouen a

FITXA TÈCNICA



Resum: Si hi ha un tema d'actualitat en l'àmbit de la contractació bancària, aquest és el relatiu al control de les clàusules abusives, sobretot arran de la jurisprudència dels darrers anys del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. A les seves sentències de 14 de juny de 2012 i de 21 de febrer de 2013 ja s'hi avança el menyscapse que per als drets del consumidor representa la necessitat d'oposició d'aquest per tal que el Tribunal pugui apreciar l'existència d'una clàusula abusiva, mentre que la de 14 de març de 2013 resol que si el deutor ha plantejat en judici declaratiu la possible abusivitat d'alguna clàusula, el Jutge que hi entengui ha de poder adoptar les mesures necessàries per paralitzar l'execució suggerida en un altre jutjat fins que es resolgui sobre aquesta eventual abusivitat.

Paraules clau: Clàusules abusives i contractació bancària.

Abstract: If there is a subject of current interest in the field of banking contracts it is the control of unfair terms, especially in light of the case law from recent years from the Court of Justice of the European Union, in whose rulings dating from June 14, 2012 and February 21, 2013, progress is being made on the detriment to consumers' rights represented by the need for the consumers' opposition for the Court to recognize the existence of unfair terms, while in the ruling of March 14, 2013, the Court resolves that if the debtor has put forward in declaratory trial the possible unfairness of some provision, the judge trying this case must be able to adopt the measures necessary to paralyze the execution that would be in process in another court until a ruling is issued about said possible unfairness.

Keywords: Unfair terms, banking contracts.

les minutes de Bankinter i el BBVA, que el Tribunal va estimar ajustades a dret.

- 4) Ara, a més, i a la vista del que va resoldre el TS en la Sentència de 9 de maig de 2013, podem parlar d'una abusivitat per falta de transparència que tindria com a base l'art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el contingut de la qual no va ser objecte de transposició pel legislador espanyol —pel que sembla, a causa d'una rellicada parlamentària. Segons aquest article, no és possible l'apreciació del caràcter abusiu de les clàusules que defineixen l'objecte principal del contracte sempre que aquestes es redactin de manera clara i comprensible; per tant, i a sensu contrario, el TS entén que aquestes clàusules s'han de sotmetre al control d'abusivitat si no reuneixen aquests requisits de claredat i comprensibilitat en la seva redacció. En el cas, es tracta de les famoses «clàusules sòl»⁽¹⁾.

El raonament esgrimit a la Sentència semblaria haver de desembocar en la possibilitat de control d'abusivitat de la clàusula no transparent, fins i tot quan es refereixi a l'objecte principal del contracte. El TS fa el primer pas, que és declarar no transparent la clàusula sòl en qüestió i, per tant, susceptible de ser sotmesa a aquest control, però no sembla que el dugui a terme, sinó que converteix de manera automàtica la falta de transparència en un supòsit d'abusivitat,

que sembla basar en últim terme en el fet que, en els termes en què s'inclou al contracte, no permet una **comprensibilitat real de la seva importància** en el desenvolupament raonable d'aquest.

Sobre la base d'aquest plantejament general, el TS fa una apreciació prèvia en què entén que **les clàusules sòl són lícites**, fins i tot encara que no coexisteixin amb clàusules sostre, sempre que compleixin aquests requisits de transparència, que exigeixen —i aquí és on comença a aparèixer la concreta abusivitat del supòsit— destruir qualsevol aparença de variabilitat dels tipus quan aquesta és previsiblement inexistent, de manera que «*quan el sòl estipulat ho faci previsible, [el deutor] estigui informat del fet que allò estipulat és un préstec a interès fix mínim*».

Aquesta aparença d'una inexistent variabilitat és la primera de les sis circumstàncies⁽²⁾ que el TS entén que converteixen la clàusula en abusiva. Fora d'això, a la interlocutòria aclaridora de 12 de juny de 2013, assenyalava que la que s'inclou a la Sentència no constitueix «una relació exhaustiva de circumstàncies a tenir en compte amb exclusió de qualsevol altra (no hi són totes les que hi ha). Tampoc no determina que la presència aïllada d'alguna, o algunes, sigui suficient perquè es pugui considerar no transparent la clàusula a efectes de control del seu caràcter eventualment abusiu (tampoc hi són, consi-

derades aïlladament, totes les que hi ha». No obstant això, insisteix de nou la interlocutòria en què «un dels diferents supòsits de **falta de transparència i de clàusula abusiva, sense necessitat que hi concorri cap altre requisit**», estaria constituït per «la creació de l'**aparença d'un contracte de préstec a interès variable**, quan l'índex de referència o la seva evolució, previsible per al professional, a curt o mitjà termini, **el convertirien en interès mínim fix, variable només a l'alça**». Amb la qual cosa torna a la primera de les circumstàncies relacionades, com a base del sentit de la Sentència, i les altres apareixen, en realitat, com a suport d'aquesta⁽³⁾.

Cal dir que a la Sentència no es troba cap suport normatiu exprés que permeti associar aquesta falta de transparència amb un supòsit d'abusivitat, per atribuir-li els efectes d'aquesta. Per a PERTIÑEZ VÍLCHEZ⁽⁴⁾, aquest suport estaria en la mateixa regla general de l'art. 82 TRLGDCU: d'una banda, l'actuació contrària a la bona fe derivaria de l'ocultament per part del banc de la possibilitat d'una entesa real de la clàusula; d'altra banda, el desequilibri derivaria de l'alteració de la càrrega econòmica del contracte respecte de la que el consumidor podia esperar basant-se en la informació facilitada.

Tenim, per tant, uns supòsits en què l'abusivitat ve determinada per la llei de manera directa i altres en què ve determinada de manera indirecta.

Dels quatre blocs de supòsits abans assenyalats, hi haurà una **determinació directa** en dos casos:

1. El primer i més clar seria el d'aquelles clàusules incloses a l'anomenada *llista negra* dels art. 85 a 90 TRLGDCU, és a dir, quan el supòsit de fet encaixi clarament amb el que es preveu en algun dels articles esmentats; posàvem com a exemple el de l'art. 90.3: «La imposició al consumidor de les despeses de documentació i tramitació que per llei corresponguin a l'empresari».
2. El segon seria el de les que han estat declarades abusives en sentència inscrita al Registre de Condicions de la Contractació. Aquí, però, la claredat pot veure's minvada per dos elements, objectiu i subjectiu:

- Objectiu, perquè únicament serà abusiva la clàusula que coincideixi exactament amb la utilitzada en el supòsit de fet resolt per la sentència.
- Subjectiu, perquè queda per resoldre l'eficàcia *erga omnes* d'aquesta sentència, és a dir, a l'abast dels seus efectes a tercers predisponents diferents del mandat, qüestió sobre la qual havia estat majoritària la interpretació negativa (llevat dels efectes merament processals, però no substantius).

Per contra, hi haurà una **determinació indirecta** en tots els altres supòsits, és a dir, aquells previstos pel TRLGDCU, ja sigui en la regla general de l'art. 82.1 —que exigeix absència de bona fe i desequilibri en les contraprestacions—, o bé en la «llista gris», és a dir, les clàusules que, incloses en la relació dels art. 85 a 90, requereixen l'apreciació de conceptes jurídics indeterminats, com a l'exemple de l'art. 87.6 en parlar d'«obstacles onerosos o desproporcionats» o de «terminis de durada excessiva».

El cas de la **falta de transparència** apreciada pel TS en la Sentència de 9 de maig de 2013, relativa a les clàusules sòl, constitueix, com veïem, un supòsit aparentment nou en què la nul·litat de la clàusula deriva de la seva falta de transparència, la qual provoca una aparença de variabilitat d'interessos inexistent. I això —seguint amb les circumstàncies del cas— per omissió d'una informació suficient, d'una simulació d'escenaris diversos d'evolució de l'interès i d'una advertència sobre el cost comparatiu amb altres productes, tot ubicant a més la clàusula —en algun cas— «entre una quantitat aclaparadora de dades entre les quals queden emmascarades i dilueixen l'atenció del consumidor» i aparentant «que el sòl té com a contraprestació inescindible la fixació d'un sostre».

III. APRECIACIÓ DE L'«ABUSIVITAT»

Centrant-nos ara en quina ha de ser l'actuació del Notari en aquesta matèria, podem dir que aquesta es desenvolupa en tres moments o aspectes diferents: el del control d'incorporació, el del control de

contingut i el que podríem ara anomenar control d'execució.

1. El control d'inclusió o incorporació

Es tracta d'una actuació que el Notari ha de realitzar quan autoritza o intervé una operació amb inclusió de condicions generals de contractació, actuació que resulta prèvia a qualsevol altra relacionada amb l'abusivitat pròpiament dita i amb l'atorgament en si del document notarial, el qual ha de reunir les condicions de claredat, senzillesa, llegibilitat, concreció, etc., a què es refereixen els art. 5.5 LCGC i 80.1a i 80.1b TRLCU.

En la seva Sentència de 9 de maig de 2013, el TS incardina en aquesta fase, en relació amb els préstecs hipotecaris i com a primer filtre o control de transparència, la regulació continguda a l'OM de 5 de maig de 1994, avui substituïda per l'OM de 28 d'octubre de 2011, tot entenent que «la detallada regulació del procés de concessió de préstecs hipotecaris als consumidors continguda a l'OM de 5 de maig de 1994 garanteix raonablement l'observança dels requisits exigits per la LCGC per a la incorporació de les clàusules de determinació dels interessos i la seves oscil·lacions en funció de les variacions de l'Euríbor». Previsions semblants a les contingudes a l'esmentada OM es contenen a la Llei 2/2009, de 31 de març, en relació amb empreses que no tenen la condició d'entitats financeres.

Caldria plantejar-se, en qualsevol cas, si un eventual defecte en el compliment de les obligacions d'informació precontractual previstes a la normativa esmentada pot provocar el que amb caràcter general suposa l'incompliment dels requisits d'incorporació, és a dir, que la clàusula senzillament no passi a formar part del contracte, sinó que es consideri format sense aquesta. La STS de 9 de maig de 2013 no resol la qüestió, atès que, d'una part, es refereix únicament a les clàusules «de determinació dels interessos i les seves oscil·lacions en funció de les variacions de l'Euríbor» i, de l'altra —i amb independència del que podria haver dit si fos el cas—, el TS no està dient que l'omissió dels passos regulats a l'OM suposi incomplir els requisits exigits per la LCGC —recordem: claredat, senzillesa, llegibilitat, concreció...—, sinó que el fet de seguir-los sí que en garanteix raonablement l'observança. PERTIÑEZ



VÍLCHEZ, en el seu article abans esmentat, assenyalava que «l'Ordre de 5 maig de 1994 és una mera norma administrativa, de disciplina del mercat bancari, la contravençió de la qual implica una mera sanció administrativa, però de cap manera pot fixar el llindar de la validesa contractual de les clàusules financeres en els contractes de préstec amb consumidors».

Caldria plantejar-se si un eventual defecte en el compliment de les obligacions d'informació precontractual previstes pot provocar l'incompliment dels requisits d'incorporació

Doncs bé, en relació amb aquesta matèria, ja trobem una idea del que pot ser la interpretació de la DGRN, esmunyida en la seva **Resolució de 13 de setembre de 2013**, quan assenyalava que seria discutible si s'ha complert degudament la corresponent normativa —Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre—, qüestió sobre la qual no es pronuncia per no haver estat observat cap defecte sobre això per part del Registrador, i, per tant, es dona a entendre que la falta de compliment d'aquesta normativa podria ser controlada pel Registrador, qüestió més que discutible si ens atenem al que s'ha exposat anteriorment.

En la posterior **RDGRN de 31 d'octubre de 2013**, es diu al seu torn: «En no haver al·legat el Registrador res en relació amb el **previ control de transparència**, no és procedent entrar a verificar un control d'abusivitat respecte d'una clàusula (interessos variables) que pel fet de referir-se a l'objecte principal del contracte de préstec hipotecari només és procedent quan **prèviament s'ha constatat la seva falta de transparència** en els termes indicats (vid. Resolució de 13 de setembre de 2013)». En parlar d'aquest «previ control de transparència» i remetre's a la RDGRN de 13 de setembre de 2013, sembla efectivament que s'estigui referint al «control d'incorporació», és a dir —en el cas de préstecs hipotecaris—, al compliment dels requisits previstos a l'Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre.

I aquesta idea sembla confirmar-se a la **RDGRN de 5 de febrer de 2014**, en el supòsit de fet de la qual la Registradora

aprecia el defecte, que la DGRN confirma com a tal, de la no inclusió en l'escriptura de l'expressió manuscrita exigida per l'art. 6 de la Llei 1/2013, de 14 de maig, per a aquells préstecs hipotecaris amb persones físiques que reuneixin determinades circumstàncies⁽⁵⁾. Diu la Resolució que aquesta omisió és posada en relació per la Registradora qualificant amb els criteris de transparència i informació contractual fixats pel TS en la reiterada Sentència de 9 de maig de 2013. Però —afegeix— «és que, a més, al control de transparència esmentat l'ha de precedir un previ control d'inclusió o incorporació al contracte de la clàusula que revesteixi caràcters de condició general de la contractació [...]. És aquest control previ i doble d'incorporació i transparència el que s'ha vist reforçat per l'art. 6 de la Llei 1/2013, de 14 de maig».

Al marge de tot el que s'ha dit sobre aquest control d'incorporació, a les resolucions sembla insinuar-se que en cas que aquest se «superés» es podria valorar una eventual falta de «transparència de contingut», única «variant» d'abusivitat que d'acord amb la Sentència del TS pot controlar-se en relació amb una clàusula que el mateix TS ha considerat com a part de l'objecte principal del contracte. Això ens introdueix ja en el següent dels apartats enunciat en referir-nos a l'actuació notarial.

2. El control de contingut

a) Abusivitat directament determinada

En relació amb els diferents possibles supòsits assenyalats anteriorment, el No-



tari haurà d'entendre abusiva, en tot cas, la clàusula que, com dèiem, així vingui determinada directament, ja sigui perquè apareix com a tal en la repetida «llista negra», o bé perquè resulta idèntica a la que ha estat declarada nul·la mitjançant sentència inscrita al Registre de Condicions Generals de la Contractació i pretén ser utilitzada pel mateix predisponent condemnat en el supòsit enjudiciat.

Respecte de les primeres, ja va dir la Circular 1/98 CGN que, tractant-se de «clàusules que, directament i sense necessitat d'una valoració prèvia, resultin contràries a una norma concreta (**algunes de les recollides a la "llista" tenen aquest caràcter**), el Notari ha de rebutjar la seva incorporació per aplicació de l'art. 145 del Reglament Notarial».

Respecte de les segones, i encara que el supòsit no serà gaire probable, què passa si un predisponent diferent —en el cas, una entitat de crèdit diferent— pretén incloure una clàusula idèntica a l'anul·lada? Segons va determinar al seu dia el Consell d'Estat en informar del projecte de LCGC, resulta inconstitucional l'eficàcia *erga omnes* que el projecte de llei atribuïa a les sentències inscrites al Registre de Condicions Generals de la Contractació, i així ho ha entès posteriorment la major part de la doctrina. El mateix Ministeri Fiscal va emetre, l'any 2010, una circular en el mateix sentit. En tot cas, sembla que s'ha d'entendre que, quan s'ha admès aquesta eficàcia *ultra partes*, ha estat, com diu l'art. 221 LEC, a efectes processals.

No obstant això, davant d'aquesta opinió, la jurisprudència del TJUE insisteix en què el denominat *principi d'efectivitat* implica que, si bé l'adopció de les mesures concretes per complir amb una determinada directiva correspon als diferents Estats Membres, aquestes mesures s'han de dictar, interpretar i aplicar de manera que sigui efectiu el resultat previst per la directiva; en el cas que tractem —i en relació amb les normes contingudes a la Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, de protecció dels consumidors—, «el cessament en l'ús de clàusules abusives». Des d'aquest punt de vista —i sense entrar ara a l'abast de l'eventual conflicte entre l'esmentat principi d'efectivitat i el dret a la tutela judicial efectiva, base de la polèmica sobre la inconstitucionalitat de la pretensió d'eficàcia *ultra partes* de la sentència—, cal-

dria concloure que, un cop declarada nul·la per abusiva una determinada clàusula i un cop inscrita la corresponent sentència al Registre de Condicions Generals de la Contractació, és raonable que aquesta nul·litat sigui tinguda en compte pel Notari en tot cas, sigui quina sigui l'entitat, condemnada o no, que pretengués incloure-la posteriorment en un contracte. Tenint en compte, en tot cas, que s'ha de tractar d'una clàusula idèntica, la qual cosa, com assenyalàvem, redueix enormement la probabilitat del supòsit de fet.

b) Abusivitat indirectament determinada

En canvi, en els que hem anomenat *supòsits de determinació indirecta*, no es pot pretendre que ni el Notari ni el Registrador rebutgin per abusiva una determinada clàusula quan per a això cal l'apreciació de criteris com absència de bona fe o desequilibri entre les contraprestacions —cas de la regla general de l'art. 82.1 TRLDCU— o, en general, de conceptes jurídics indeterminats —com succeeix amb els supòsits dels art. 85 a 90, qualificables com a «llista gris». Aquest és un control que correspon en exclusiva als jutges, tal com proclama l'Exposició de Motius de la LCGC i com va assenyalar al seu dia la Circular 1/1998 CGN.

No ho va entendre així, però, la Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona d'1 d'abril de 2011, que, tot excedint el límit de la qualificació registral en aquesta matèria, va arribar a dir que «els registradors poden clarament qualificar i apreciar com a abusiva una clàusula quan aquesta sigui **alguna** de les tipificades als art. 85 a 90 TRLCU, que **són les que no requereixen cap judici de ponderació**». Aquesta és una declaració clarament desafortunada, perquè, com vèiem, entre les clàusules contingudes als art. 85 a 90 TRLCU, n'existeixen moltes que sí que requereixen aquest judici de ponderació a què al·ludeix la mateixa Sentència.

Hi ha qui ha entès que la doctrina de la DGRN, continguda a les recents resolucions esmentades, acaba per fer seus els arguments d'aquesta Sentència, que és objecte d'esment en aquelles. Entenc que no és així, però, abans d'intentar explicar-ho, convé avançar que l'esmentada SAT Tarragona va ser cassada en virtut de la dictada pel TS el dia 13 de setembre de 2013; curiosament,

el mateix dia en què es dicta la primera de les resolucions comentades. La conseqüència és que queda vigent la sentència d'instància que va confirmar la RDGRN de 24 de juliol de 2008, de caire radicalment oposat. Cal advertir, però, que, d'una banda, aquesta Resolució ja havia estat contradita, com veurem, per altres de posteriors del Centre Directiu i que, de l'altra, el motiu de cassació de la SAP de Tarragona és l'apreciació de la falta de legitimació de la Registradora pel fet de recórrer la sentència de primera instància, i que, en la seva Sentència, el TS fa unes apreciacions sobre aquesta matèria que han de ser obviades —i a les quals farem referència més endavant.

En tot cas, la doctrina de la DGRN en aquest punt concret és, a parer meu, menys «revolucionària» del que sembla. El nucli de la RDGRN de 13 de setembre de 2013 es conté en una frase —repetida, sense aparent necessitat, a la RDGRN de 5 de febrer de 2014—, un xic confosa, que convé llegir en dues parts per assolir el sentit del conjunt.

La frase comença establint el que, aïlladament considerada, semblaria una regla general de contingut extremament ampli. Diu així que «la nul·litat que declara l'art. 83 del Reial Decret Legislatiu 1/2007 la declara directament la mateixa llei, i el mandat legal de "tenir-les per no posades" adreçat a tots els funcionaris que apliquen la llei, i entre ells els registradors, no queda subordinat a la seva prèvia declaració judicial». Fins aquí, es podria entendre que, per a la DGRN, el Registrador pot apreciar qualsevol tipus de clàusula abusiva en el contracte, sobre la base que, tal com assenyalava l'article esmentat al seu núm. 1: «Les clàusules abusives seran nul·les de ple dret i es tindran per no posades».

Aquesta conclusió queda matisada —això sí, amb claredat insuficient— en seguir llegint: «especialment quan es tracta d'**algunes** de les clàusules incloses en la denominada doctrinalment "llista negra", ja sigui per vincular el contracte a la voluntat del predisponent, per limitar els drets bàsics del consumidor o bé per la seva falta de reciprocitat o per qualsevol altre de les causes que apareixien expressament enunciades als art. 85 i següents de l'esmentat Text Refós, en no requerir cap valoració de les circumstàncies concurrents en funció de conceptes jurídics indeterminats».

No és el mateix dir, com feia la ja anul·lada SAP Tarragona, que el Registrador



pot «apreciar com a abusiva una clàusula quan aquesta sigui **alguna** de les tipificades als art. 85 a 90 TRLCU» —perquè *alguna*, en singular, sembla equivaler a *qualsevol* i, en definitiva, a *totes*— que dir, com fa la Resolució, que aquesta apreciació d'abusivitat és possible quan es tracta d'**algunes** de les clàusules de la llista negra —perquè *algunes*, en plural, deixa clarament fora les altres: les que sí requereixen «una valoració de les circumstàncies concurrents en funció de conceptes jurídics indeterminats», és a dir, les que, simplificant, s'emmarquen a la «llista gris».

Òbviament, el primer que cal fer per poder apreciar la nul·litat en aquests casos és confirmar que la clàusula és abusiva, i això, una de dues: o ho diu la llei, o ho diu el jutge. I la llei (art. 82.4) només diu directament en relació amb aquesta «llista negra»: aquesta és la que ha de tenir en compte el Notari o el Registrador, però no «especialment», com es diu en aquestes resolucions de manera inapropiada, sinó «únicament». I, a més, entesa estrictament, és a dir, amb exclusió dels anomenats *supòsits de la «llista gris»*, ja que aquests sí que requereixen aquesta «valoració de les circumstàncies concurrents en el moment de la formalització de contracte» (art. 82.3), aquell «judici de ponderació» que està reservat als tribunals⁽⁶⁾, com també ho està l'apreciació de qualsevol altre cas de possible abusivitat vinculat, ex art. 82.1, a una actuació contrària a les exigències de la bona fe i a un desequilibri important de les prestacions en perjudici del consumidor.

La Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que una clàusula contractual abusiva no vincula el consumidor i que no cal que aquest hagi impugnat prèviament amb èxit aquesta clàusula

El fonament en què basa la seva sentència afirmació inicial la DGRN sembla ser la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 4 de juny de 2009, en què es declara que «l'art. 6, apartat 1, de la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que una clàusula contractual abusiva no vincula el consumidor i que, respecte d'això, no cal que aquest hagi impugnat prèviament amb èxit aquesta clàusula». Però

sorprèn que, a partir d'aquesta, conclogui ara la DGRN que «aquesta jurisprudència de la Cort de Luxemburg exclou la possibilitat d'entendre que la nul·litat de ple dret de les clàusules abusives que sanciona l'art. 83.1 del Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, requereixi una prèvia declaració judicial». I sorprèn, d'una banda, perquè el fet que, com diu la Sentència, no calgui la prèvia impugnació de la clàusula per part del consumidor només determina la possibilitat que l'abusivitat sigui apreciada d'ofici per qui està legitimat per a això, que és únicament el jutge, almenys quan per a l'esmentada apreciació es requereixi una valoració i una ponderació de les circumstàncies concurrents, que, per descomptat, el Registrador no està en condicions de fer, com la mateixa Resolució —una mica d'amagat— acaba per dir; de l'altra, perquè es tracta d'una Sentència que ja havia estat utilitzada com a fonament en altres resolucions anteriors sense que hagués portat la DGRN a una conclusió similar.

Doncs bé, aquesta entesa de la doctrina del Centre Directiu s'ha de traslladar a l'anàlisi de la subsegüent declaració continguda a les resolucions de 13 de setembre de 2013 i de 5 de febrer de 2014: «En conseqüència, si no resulta necessària la prèvia declaració judicial de la nul·litat de la clàusula, en els termes indicats, perquè pugui ser qualificada negativament pel Registrador, amb més raó no caldrà que l'eventual sentència que declari la dita nul·litat consti inscrita al Registre de Condicions Generals de la Contractació». Certament, així és: en relació amb les clàusules abusives incloses a la repetida «llista negra», la seva nul·litat deriva de la llei, i no es requereix sentència —ni, per tant, inscripció d'aquesta sentència en cap registre— perquè siguin rebutjades tant pel Notari com pel Registrador —com, a part d'això, succeeix amb qualsevol convenció contrària a la llei. Però per a això cal que la clàusula sigui objectiva i indubtablement alguna de les de la llista esmentada; si no, no només cal la sentència que declari la seva nul·litat, sinó també la inscripció d'aquella al Registre de Condicions Generals de la Contractació —sense insistir ja més en la discutida eficàcia *erga omnes* de la dita inscripció.

Resumint, crec que no es pot deduir que les RRDGRN de 13 de setembre de 2013 i de 5 de febrer de 2014 suposin en aquest àmbit, si més no per si mateixes,

una altra cosa que una continuïtat en la doctrina del Centre Directiu que té com a primer antecedent la RDGRN d'1 d'octubre de 2010, doctrina que es reitera en resolucions posteriors (4 de novembre i 21 de desembre del mateix any, i 11 de gener i 16 d'agost de 2011)⁽⁷⁾, en el que va suposar un intent de reconducció de la qualificació registral en l'àmbit dels préstecs i crèdits hipotecaris, després de la dràstica reforma introduïda al vigent art. 12 LH en virtut de la Llei 41/2007, de 7 de desembre, i la interpretació d'aquesta per la mateixa DGRN a partir de l'esmentada Resolució de 24 de juliol de 2008. De fet, la RDGRN de 13 de setembre de 2013 no conté, respecte dels fonaments continguts a la RDGRN d'1 d'octubre de 2010, cap altra novetat que la referència a la necessitat d'interpretar les normes —en el cas, l'esmentat art. 12 LH— d'acord amb «la realitat social en què ha de ser aplicada (art. 3.1 del Codi), que ha experimentat notables canvis en relació amb la situació que es vivia quan es va promulgar». Així, es diu a la Resolució: «No sembla de cap manera tolerable a la vista dels darrers esdeveniments, i per tant la present realitat social, que el contingut legal del dret d'hipoteca —i per tant del crèdit garantit— susceptible de ser exigit mitjançant l'acció real hipotecària no quedi en la inscripció nítidament delimitat sense confusions de cap tipus».

La consolidació d'aquesta doctrina és, fora d'això, el més encertat, segons el TS, que en Sentència de 13 de setembre de 2013 abans esmentada, malgrat cassar la SAP Tarragona d'1 d'abril de 2011, esmentada per la DGRN com a fonament en les seves resolucions, declara que «la doctrina seguida per la Direcció General dels Registres i del Notariat clarament en resolucions posteriors a la que va motivar el recurs de cassació, com la de 16 d'agost de 2011, tracta la qüestió en els seus termes adequats, als quals, en el que sigui de menester, ens remetem».

Aquesta doctrina es podria sintetitzar:

— Quant al seu contingut: les clàusules financeres del préstec o crèdit hipotecari s'inscriuran en els termes que resultin de l'escriptura de formalització de la hipoteca, però el Registrador podrà realitzar una mínima activitat qualificadora que rebutgi aquelles la nul·litat de les quals hagués estat declarada mitjan-

çant sentència o fossin contràries a una norma imperativa o prohibitiva redactada en termes clars i concrets, sense que pugui realitzar qualsevol tipus d'activitat valorativa de les circumstàncies en què es desenvolupa el supòsit de fet.

És a dir, queden fora de la qualificació registral aquelles clàusules que «tracten de conceptes jurídics indeterminats» o el caràcter abús de les quals «pugui ser inclòs en l'àmbit de la incertesa», les quals «només podran ser declarades abusives en virtut d'una decisió judicial».

— Quant als seus fonaments:

- 1) El paper actiu del Registrador, suposadament reiterat pel TS en la seva Sentència de 16 de desembre de 2009, en diferenciar entre no inscrivibilitat i nul·litat d'una clàusula (fonament dotzè)⁽⁸⁾.
- 2) La inacceptabilitat que, segons l'art. 130 LH, es pogués promoure una execució hipotecària sobre la base de clàusules que, tot i ser

abusives, estiguessin contingudes a l'assentament d'inscripció.

- 3) L'origen comunitari de gran part de la normativa espanyola en l'àmbit de les clàusules abusives i la reiterada jurisprudència de la Cort de Luxemburg, que consagra el ja comentat principi d'efectivitat.

Crec que és d'interès aturar-se en aquest darrer fonament, al qual la DGRN torna a al·ludir en la Resolució de 13 de setembre de 2013, en defensar la no exigència d'inscripció al Registre de Condicions Generals de la Contractació de la sentència de nul·litat per: «Aquesta exigència infringiria el reiterat principi d'efectivitat de les directives europees en matèria de consumidors». Aquesta referència al principi d'efectivitat ja es feia, com veiem, a la RD-GRN d'1 d'octubre de 2010, les conclusions de la qual —més clares que les que ara comentem— acabem de sintetitzar.

I m'aturo en aquest punt perquè en aquest se situa, segons la meva opinió, l'element més important de qualsevol

discurs sobre aquesta matèria: tenim, en un extrem, una determinada directiva l'objectiu de la qual, segons s'ha assenyalat repetides vegades, és el cessament en l'ús de clàusules abusives i, al seu costat, estirant de la mateixa corda, una societat que demana el mateix, esperonada pel drama dels qui han perdut o poden perdre el seu habitatge, en no poder afrontar els pagaments de la hipoteca. Però també tenim, ancorada a l'altre extrem, una legislació nacional l'objectiu de la qual, essent coherent amb el que es preveu a la directiva, transcendeix, no obstant això, a una determinada conjuntura econòmica que hem de considerar excepcional, i que en transposar aquesta directiva —i inclús més recentment, en modificar la normativa processal— ha assenyalat amb suficient claredat els límits en l'actuació de cada una de les autoritats intervinents. Tant és així que, en l'observança d'aquests límits, aquest objectiu no sempre es compleix amb l'agilitat i el resultat demanats en l'actual situació pels agents socials, n'hi ha prou amb la referència a aquest principi d'efectivitat per legitimar una actuació que no els respecti?

Segons la meva opinió, no, sigui dit sense perjudici de tots els matisos que es vulguin fer en parlar de l'autoritat judicial, car els límits de la seva actuació són diferents, començant per la possibilitat —i el deure— d'interpretar el cas concret atenent a les circumstàncies concurrents. Però fins i tot l'autoritat judicial ha hagut de seguir camins una mica complicats, i allà es troben les qüestions judicials, alguna de les quals ha donat lloc a posteriors modificacions legals en aquesta matèria. El Notari i el Registrador ni poden apreciar de la mateixa forma les circumstàncies concurrents, ni disposen de l'instrument de la qüestió prejudicial. El camí més directe per establir criteris és la doctrina de la DGRN, però per fer aquest paper calen posicionaments adequats i un esforç d'aclariment de conceptes que sovint es troba a faltar⁽⁹⁾.

c) Els supòsits de falta de transparència

I això és el que passa en el cas de la RDGRN de 13 de setembre de 2013, quan s'endinsa en el terreny encara movedís de la falta de transparència.

Cal advertir que el supòsit de fet que es resol és atípic, ja que el Registrador sembla





equivocar-se en remetre la nota de qualificació inicial, de manera que els fets sobre la base dels quals qualifica no coincideixen en absolut amb els reals, continguts a l'escriptura. En esmenar aquesta nota, però, adverteix que això es fa «sense alterar el vigor dels fonaments jurídics esgrimits per denegar la inscripció de la clàusula sòl», quan, encara que els fets siguin diferents, part dels fonaments quedaven clarament invalidats. Però entre aquests fonaments n'hi ha un d'enorme importància, que és la suposada falta de transparència, que el Registrador aprecia conforme a la STS de 9 de maig de 2013, i per motius molt similars als que argumenta el TS, com la ubicació de la clàusula «entre una aclaparadora quantitat de dades entre les quals queden emmascarades», i efectua així una valoració que sobrepassa, sense cap mena de dubte, els límits de la seva funció⁽¹⁰⁾.

Aquest suposat defecte és combatut pel recurrent, però malauradament no és analitzat per la DGRN, sense que quedi clar el per què. El cert és que la DGRN revoca la qualificació seguint la mateixa Sentència del TS, i així assenyalava:

- Que la clàusula sòl *in genere* és, en principi, vàlida, fins i tot encara que no estigui acompanyada d'una clàusula sostre.
- Que es refereix a l'objecte principal (tot i que no essencial) del contracte, com a part inescindible del preu que ha de pagar el prestatari, i que, com a tal objecte principal, no és possible el control del seu equilibri (Sentència 406/2012, de 18 de juny).
- Que això no impedeix el doble control de transparència, i que, pel que fa al primer control, seria discutible si ha estat degudament complerta la corresponent normativa (Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre), qüestió sobre la qual no es pronuncia, per no haver estat observat cap defecte pel Registrador... i aquí acaba, deixant-los amb la mel a la boca respecte de quin seria el criteri sobre la presumpció «falta de transparència de contingut».

I passa el mateix amb la **RDGRN de 31 d'octubre de 2013**, en què el Registrador rebutja la clàusula de revisió d'interessos, que estima que deixa la dita revisió a l'únic criteri de l'entitat creditora, la qual cosa entén un supòsit de nul·litat per abusivitat

conforme a l'art. 85.3 LGDCU, que declara nul·les «les clàusules que reserven a favor de l'empresari facultats d'interpretació o modificació unilateral del contracte, llevat, en aquest últim cas, que concorrin motius vàlids especificats al contracte». La DGRN, en resoldre, confirma la qualificació, però no sobre la base del suposat caràcter abusiu de la clàusula, sinó per contravenir el que es disposa a l'art. 1256 CC.

Recordem que, en la Sentència de 9 de maig de 2013, el TS reitera que l'apreciació de les circumstàncies que poden comportar una falta de transparència implica un *judici de valor*, dirigit en últim terme —segons resulta de la interlocutòria aclaridora— a confirmar «el perfecte coneixement de la clàusula, de la seva transcendència i de la seva incidència en l'execució del contracte», tenint en compte que aquest és un resultat insubstituïble, però «susceptible de ser assolit per pluralitat de mitjans».

El Tribunal Suprem reitera que l'apreciació de les circumstàncies que poden comportar una falta de transparència implica un *judici de valor*

Les entitats condemnades van sol·licitar al TS que aclarís si no s'ha d'entendre suficient informació la que «verbalment o per escrit s'hagués facilitat al consumidor en acudir a l'entitat a sol·licitar el préstec; la prèvia entrega i devolució signada de l'oferta vinculant; l'existència d'altres declaracions recollides en el contracte, i les advertències específiques sobre aquesta clàusula per part del mateix Notari autoritzant, o fora d'aquest». A la qual cosa contesta literalment el TS que «el perfecte coneixement de la clàusula, de la seva transcendència i de la seva incidència en l'execució del contracte [...] no es pot lligar [per al futur] de forma automàtica al compliment de determinades fórmules, tants cops convertides en formalismes mancats d'eficàcia real». Davant d'aquest «aclariment», es pot dir:

- D'una banda, que només s'explica per raons de pragmatisme, finalistes, o per utilitzar el terme aparentment adequat, d'«efectivitat» (l'expulsió de la contractació bancària de la pràctica qüestionada).

- De l'altra, que, referint-se la consulta a un conjunt de diferents possibles mitjans d'informació, resumir la resposta en els termes en què ho va fer la nota de premsa del Consell General del Poder Judicial, parlant literalment del «compliment de formalismes mancats d'eficàcia en aquest sentit —lectura pel Notari, etc.—», resulta, a parer meu, lamentablement inadequat i injustificat.

En tot cas, és obvi que entre aquella pluralitat de mitjans que segons el TS cal per fer desaparèixer la falta de transparència s'hi ha d'incloure, i amb caràcter privilegiat, l'ineludible assessorament notarial. Com diu el catedràtic de Dret Mercantil Jesús Alvaro Àguila-Real comentant la interlocutòria al seu blog, «fins i tot encara que la redacció de la clàusula sigui ambigua, obscura, contradictòria, enganyosa, la conseqüència no seria la nul·litat del "pacte" si l'ambigüïtat, l'obscuritat, la contradicció o l'engany es va desfer a la vista de les circumstàncies en què es va formalitzar el contracte». I no hi ha dubte que la intervenció notarial pot i ha de dissipar qualsevol falta de transparència sobre això. Reconèixer-lo així, però, obligava el TS a deixar en foc d'encenalls tot l'argumentari de la Sentència, i amb això, segons sembla, la necessària «efectivitat» buscada.

El que en cap cas resulta possible defensar, al meu entendre, és que el Registrador efectui un control genèric de transparència de contingut. Si aquest control suposa, com diu la STS de 13 de maig de 2013, el de «comprensibilitat real de la seva importància en el desenvolupament raonable del contracte», aquest només pot ser dut a terme pel Notari: si aquest autoritza l'escriptura perquè considera que aquell consumidor concret, en aquella situació concreta i a redós del degut assessorament subministrat, ha assolit la «comprensió real» de la importància de la clàusula, només un Jutge té atribuïdes facultats per decidir, si escau, el contrari.

Sense perjudici d'això anterior, la STS de 9 de maig de 2013 acaba contenint una declaració que, amb independència de les circumstàncies addicionals en què es fonamenta, considera abusiu, com vèiem, el supòsit particular en què es creï l'aparença d'un contracte a interès variable, quan, a conseqüència de la clàusula sòl, el seu efecte real és el d'un interès fix mínim. Buscant un exemple, una clàusula sòl que

fixés aquest en el 3%, amb un sistema de revisió d'interessos sobre la base de l'euríbor més 3 punts, només donaria sentit real a aquesta clàusula sota la hipòtesi d'un euríbor negatiu, ara per ara poc previsible, i pot constituir una aparença de variabilitat a la baixa que el TS considera abusiva per ser realment inexistent. Normalment, aquesta clàusula donaria lloc actualment a la necessitat d'incloure en l'escriptura la famosa «*expressió manuscrita*» a què es refereix la Llei 1/2013, però, per una banda, no sempre té per què ser així (aquesta expressió està prevista en hipoteques sobre habitatge, quan «*el límit de variabilitat a la baixa és inferior al límit de variabilitat a l'alça*») i, per l'altra, no resulta admissible que el Notari fonamenti únicament en aquesta la transparència que el TS reclama.

3. El control d'execució

Com dèiem al principi, la doctrina del TJUE va acabar provocant la modificació de la normativa processal espanyola relativa a les execucions hipotecàries, a través de la Llei 1/2013, de 14 de maig, que va introduir en la regulació dels procediments d'execució, tant ordinari com judicial directe i extrajudicial, determinades regles destinades a emparar la possibilitat de suspensió d'aquests en cas d'existència de clàusules abusives. Però aquesta possibilitat troba importants diferències segons es tracti d'un tipus de procediment o d'un altre:

- Així, en el procediment d'execució ordinària, la modificació dels art. 552, 557 i 561 LEC permet l'apreciació **d'ofici** pel Jutge, i l'oposició per les parts, per existència de **qualssevol** clàusules abusives.
- Per contra, quan l'execució se segueixi mitjançant el procediment judicial directe d'execució hipotecària o mitjançant el procediment extrajudicial, de les modificacions introduïdes als art. 695 LEC i 129 LH resulta:
 - Que **solament** es prendrà en consideració la possible abusivitat d'aquelles clàusules que constitueixin el fonament de l'execució o que haguessin determinat la quantitat exigible.
 - Que, en tot cas, és necessària l'**oposició** del deutor; ara bé, trac-

tant-se del procediment extrajudicial l'art. 129.2.f, assenyala que, quan el Notari considerés que alguna d'aquestes clàusules *pugués tenir* caràcter abusiu, ho posarà en coneixement del deutor, creditor i, si escau, l'avalador i l'hipotecant no deutor, als efectes oportuns.

En relació amb el procediment extrajudicial, cal dir que no seran clàusules que constitueixin el fonament de l'execució qualssevol referents a altres eventuais supòsits de venciment anticipat diferents de la falta de pagament del capital o dels interessos, ja que només per a aquests es pot utilitzar aquest procediment conforme a la prèvia modificació introduïda per la Llei 1/2013 en el mateix art. 129.1.b LH. No seria procedent, per tant, atendre a l'eventual abusivitat d'una clàusula com la que, per exemple, determinés el venciment anticipat per qualsevol embargament o disminució de la solvència patrimonial del deutor, encara que aquesta pogués ser efectivament abusiva conforme a la STS de 16 de desembre de 2009, i encara menys aquelles que no suposin el venciment anticipat, com, per exemple, la renúncia a la notificació de la cessió de crèdit —a què es refereix la mateixa Sentència.

Més delicada és l'apreciació d'abusivitat de les clàusules que haguessin determinat la quantitat exigible, ja que aquí entren en joc molts dels casos que han estat objecte recentment de contesa judicial, com les clàusules d'arredoniment a l'alça o les clàusules sòl, i fins i tot alguna altra que aparentment —i en el cas concret— pogués semblar com a beneficiosa per al deutor per reduir el deute reclamat, com la clàusula de compensació amb comptes indistints a què es refereix també la STS de 16 de desembre de 2009.

En qualsevol cas, l'obligació del Notari es perfila en termes prou clars per la norma i consisteix a posar aquesta possible abusivitat en coneixement del deutor, el creditor i, si escau, l'avalador i l'hipotecant no deutor, «*als efectes oportuns*», és a dir, a fi que puguin plantejar la qüestió davant del Jutge competent, i un cop acreditat això al Notari, aquest haurà de suspendre el procediment.

A diferència, per tant, del que succeeix en relació amb el «control de contingut», l'actuació del Notari en el moment de

l'execució està molt més limitada, i això és lògic, perquè ja no està en el seu *àmbit natural*, que és el preventiu. El legislador —que, no hem d'oblidar-ho, ha estat suficientment «advertit» de les disfuncions dels procediments d'execució— ha encarregat al Notari l'exercici d'una missió de control que per la pròpia naturalesa de la seva funció no pot anar més enllà del que diu la norma.

L'actuació del Notari en el moment de l'execució està molt més limitada, i això és lògic, perquè ja no està en el seu àmbit natural, que és el preventiu

És cert que la possible no reacció dels afectats, sometent la qüestió al criteri judicial, pot donar lloc —i així ho ha posat de manifest algun company, com ara José Ignacio NAVAS OLÓRIZ, en un article publicat al web <http://notariosyregistradores.com>— a que es continuï amb un procediment en què el Notari sigui conscient que hi ha alguna clàusula abusiva. Però també és cert que el document que la conté ha passat tots els filtres que el sistema de seguretat jurídica preventiva imposa, i que, un cop arribada a aquesta fase, no és missió del Notari, sinó del Jutge, el fet d'exercir la tutela d'una de les parts, si això implica la privació a l'altra d'uns drets reconeguts en un document legalment apte a aquest efecte.

Crec que fins i tot la jurisprudència del TJUE avala aquesta posició. Recordem que la Sentència de 21 de febrer de 2013, si bé permet al Jutge, per determinar els efectes de l'abusivitat, no esperar a que el consumidor sol·liciti la declaració de nul·litat de la clàusula, també indica que «*no obstant això, el principi de contradicció obliga, amb caràcter general, al Jutge nacional que hagi comprovat d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual a informar-ne a les parts processals i oferir-los la possibilitat de debatre de manera contradictòria segons les formes previstes respecte d'això per les regles processals nacionals*». Si oferir la possibilitat de debatre de manera contradictòria és la regla general en l'àmbit judicial, encara menys pot el Notari actuar de forma diferent.



IV. CONCLUSIÓ

Quan les circumstàncies en què s'ha d'aplicar un determinat sistema són excepcionals, encertar en la valoració d'aquest resulta difícil. Fins no fa gaire, l'exercici de les accions col·lectives de cessació per les organitzacions de consumidors, amb la consegüent posada en marxa del mecanisme legalment dissenyat per acabar declarant la nul·litat o validesa de les clàusules convertides, semblava haver començat a produir els efectes pretesos: l'expulsió de les primeres de la contractació. Però les tremendes conseqüències socials de la crisi econòmica que estem vivint han posat en dubte aquesta «efectivitat». Doncs bé, si el sistema es revela insuficient o inadequat, el que cal és promoure'n la reforma per part del legislador, però complint mentrestant cada autoritat amb el seu paper, que no és altre que el d'aplicar la llei vigent.

En la millora de la normativa aplicable, hi pot jugar un paper important la transposició de la recent Directiva de 16 de gener de 2014, del Parlament Europeu i del Consell, sobre els contractes de crèdit formalitzats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial i per la qual es modifiquen les directives 2008/48/CE i 2013/36/UE —per més que potser aquesta hagi aixecat massa expectatives. Entre les possibilitats que la Directiva ofereix, el legislador s'haurà de plantejar la d'utilitzar en els préstecs i crèdits hipotecaris una mesura ja existent a la Llei de Crèdit al Consum que permet el desistiment durant un determinat termini a comptar des de la subscripció del contracte. D'aquesta manera, si la informació contractual no ha estat suficientment assumida pel consumidor, aquest podrà tenir l'oportunitat d'aprofundir-hi *a posteriori*, segurament de manera més reposada. No hauria de ser obstacle per a la utilització del dret de desistiment el fet que habitualment la hipoteca financi una operació que se sol instrumentar amb caràcter simultani, atès que el dipòsit notarial de les quantitats que si escau s'hagués de reintegrar al banc, o entregar definitivament al venedor, garantiria els drets de tots els implicats, que, mentrestant, haurien de tenir el reflex registral corresponent.

Tot això no impedeix, per descomptat, actuacions dirigides tant a facilitar l'aplicació

de la normativa vigent com a divulgar-ne el coneixement. En aquesta línia s'emmarca la creació de l'Observatori de Control de Clàusules Abusives en el Consell General del Notariat, de propera entrada en funcionament⁽¹⁾.

- (1) Queda per resoldre, a part d'això, quin és, si escau, la diferència entre una clàusula que afecta l'objecte principal del contracte i una clàusula relativa a un element essencial d'aquest. I això atès que l'art. 9 LCGC indica que la sentència «declararà la nul·litat del mateix contracte quan la nul·litat d'aquesta afectés un dels seus elements essencials en els termes de l'art. 1261 del Codi Civil».
- (2) a) La creació de l'aparença d'un contracte de préstec a interès variable en què les oscil·lacions a la baixa de l'índex de referència repercutiran en una disminució del preu del diner.
b) La falta d'informació suficient del fet que es tracta d'un element definitori de l'objecte principal del contracte.
c) La creació de l'aparença que el sòl té com a contraprestació inescindible la fixació d'un sostre.
d) La seva ubicació entre una aclaparadora quantitat de dades entre les quals queden emmascarades i dilueixen l'atenció del consumidor, en el cas de les utilitzades pel BBVA.
e) L'absència de simulacions d'escenaris diversos, relacionats amb el comportament raonablement previsible del tipus d'interès en el moment de contractar, en fase precontractual.
f) La inexistència d'advertència prèvia, clara i comprensible sobre el cost comparatiu amb altres productes de la mateixa entitat.
- (3) En el supòsit de la Sentència, les clàusules que el TS analitza es refereixen a escriptures autoritzades en els anys 2008 (amb revisió sobre la base de l'euríbor a sis mesos + 1,25, i «sòl» del 2,5), 2007 (amb euríbor a un any + 1, i «sòl» del 2,5) i 2008 (amb euríbor a un any + 1,5, i «sòl» del 2,5). Com a referència, cal dir que la mesura mensual de l'euríbor diari va fluctuar, entre el gener del 2007 i el desembre del 2008, entre el 4,064 i el 3,452. Era realment previsible per al professional que el maig del 2013, quan dicta Sentència el TS, estigués al 0,484? Fins al moment en què va començar a aplicar-se la clàusula sòl, quantes revisions d'interès van provocar una efectiva —i transparent— reducció d'aquest?
- (4) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la

cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», a *InDret*, núm. 3/2013.

- (5) Aquesta norma assenyalava que:
1. En la contractació de préstecs hipotecaris als quals es refereix l'apartat següent, s'exigirà que l'escriptura pública inclogui, juntament amb la signatura del client, una expressió manuscrita, en els termes que determini el Banc d'Espanya, per la qual el prestatari manifesti que ha estat adequadament advertit dels possibles riscos derivats del contracte.
2. Els contractes que requeriran l'expressió manuscrita esmentada seran aquells que se subscriuin amb un prestatari, persona física, en què la hipoteca recaigui sobre un habitatge o la finalitat dels quals sigui adquirir o conservar drets de propietat sobre terrenys o edificis construïts o per construir, en què hi concorri alguna de les següents circumstàncies:
a) Que s'estipulin limitacions a la variabilitat del tipus d'interès, del tipus de les clàusules sòl i sostre, en els quals el límit de variabilitat a la baixa sigui inferior al límit de variabilitat a l'alça.
b) Que portin associada la contractació d'un instrument de cobertura del risc de tipus d'interès.
O bé
c) Que es concedeixin en una o diverses divises.
- (6) El mateix art. 83 esmentat per la DGRN continua dient, al seu núm. 2:
La part del contracte afectada per la nul·litat s'integrarà d'acord amb el que es disposa a l'art. 1258 del Codi Civil i amb el principi de bona fe objectiva.
A aquests efectes, el Jutge que declari la nul·litat d'aquestes clàusules integrarà el contracte i disposarà de facultats moderadores respecte dels drets i les obligacions de les parts, quan subsisteixi el contracte, i de les conseqüències de la seva ineficàcia, en cas de perjudici apreciable per al consumidor i usuari.
Només quan les clàusules subsistents determinin una situació no equitativa en la posició de les parts que no pugui ser esmenada podrà el Jutge declarar la ineficàcia del contracte.
- (7) De fet, aquesta mateixa doctrina —i la jurisprudència que coincideix amb aquesta— és esmentada pel recurrent a la RDGRN de 13 de setembre de 2013 com a argumentació per defensar l'extralimitació del Registrador en la seva funció qualificadora.
- (8) No deixa de sorprendre, en tot cas, la interpretació que es fa de la STS de desembre de 2009, que, segons la RDGRN d'1 d'octubre de 2010, «reitera el paper actiu del Registrador en presència d'una clàusula abusiva, en confirmar l'entitat pròpia de



Pràctica

l'activitat registral respecte de la judicial i diferenciar entre no inscrivibilitat i nul·litat d'una clàusula (fonament dotzè)», ja que, segons s'insisteix ara a la RDGRN de 13 de setembre de 2013, en aquesta Sentència «es van considerar no inscrivibles determinades clàusules de venciment anticipat i, per tant, es va confirmar la necessitat de procedir a la seva qualificació, atès que únicament és possible excloure la inscripció d'unes i no altres si prèviament s'examinen totes». Tot això resulta, segons sembla, d'aquesta esgarriada frase de la Sentència: «la clàusula que establís l'absoluta prohibició d'arrendar no només no és inscrivible, sinó que no és vàlida», puix que —llevat d'error o omisió— és l'única que fa certa aproximació al tema de la inscripció, en l'esmentat fonament dotzè.

- (9) Que la doctrina sobre aquesta matèria, aquí resumida, no s'ha d'entendre modificada pel contingut de les recents

resolucions comentades sembla ser assumit per la mateixa Direcció General quan la Resolució de 5 de febrer de 2014 al·ludeix al fet que aquesta «ha quedat ratificada per la Sentència del Tribunal Suprem (Sala Primera) de 13 de setembre de 2013», que la Resolució transcriu en la part en què es remet, com hem vist, a la Resolució de 16 d'agost de 2011. No hauria estat aleshores molt més clar reiterar sense més ni més aquella doctrina?

- (10) No es pot obviar que la possibilitat mateixa d'un control de contingut ha estat discutida per molts juristes, i que per a alguns el que el TS assenyala com a falta de transparència no és més que subministrament d'informació deficient al consumidor, en el sentit dels art. 60 LGDCU o 7.1 de la Llei de Competència Deslleial, supòsit que no es pot gestionar amb una norma de control de contingut de la clàusula, sinó a través

dels mecanismes ordinaris —no susceptibles d'un control abstracte d'abusivitat— de les accions de nul·litat per defectes de consentiment (CARRASCO PERERA, Ángel, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 50, jul. 2013).

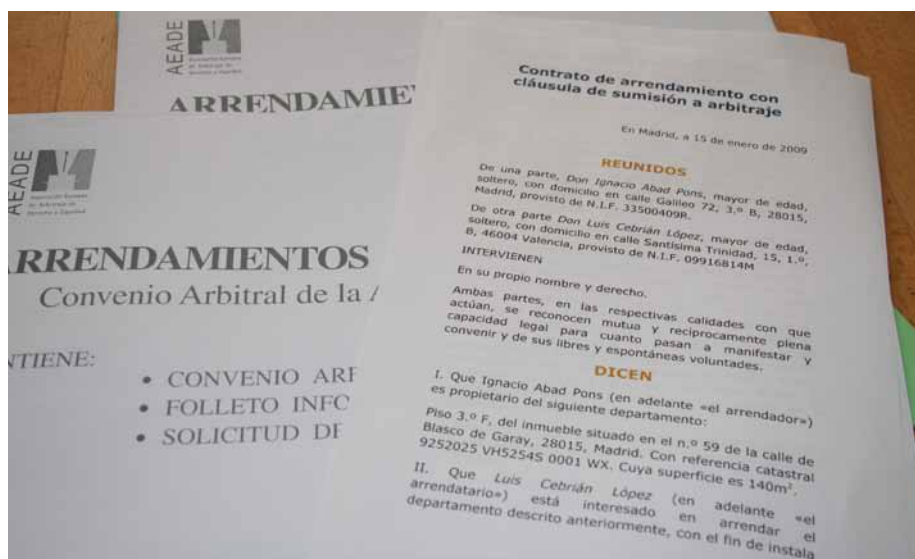
- (11) En el mateix sentit, resulta interessant la idea exposada per José Ignacio NAVAS OLORIZ a l'article comentat *ut supra*: «S'hauria de crear un òrgan consultiu de consumidors financers que tingués entre les seves cometes estendre un visat, una espècie de nihil obstat respecte de les minuts que les entitats de crèdit utilitzen en totes les seves operacions financeres, ja siguin hipotecàries o no. Aquesta precaució moralitzaria el sector i evitaria, prèviament, conflictivitat, si més no pel que fa a l'abusivitat de certes clàusules. Aquest òrgan consultiu hauria d'estar constituït per representants del Notariat, del cos registral i del Consell General de Consumidors».

Les conseqüències de la inscripció al Registre de la Propietat dels arrendaments urbans

Daniel Loscertales Fuertes
Advocat

He llegit l'últim número de *La Notaria* i hi apareix un treball llarg i ben fonamentat del Notari de Barcelona Antoni Bosch i Carreras sobre «Arrendaments i Registre de la Propietat». Doncs bé, com he anat publicant a mitjans de comunicació generals (especialment, *El País*) i també a revistes de col·legis com *El Notario del Siglo XXI*, *Consejo General de la Abogacía*, etc., i en nombroses intervencions en congressos i ponències, sobretot en col·legis d'advocats, he de manifestar la meua postura contrària al resultat d'inscriure els arrendaments urbans al Registre de la Propietat.

La veritat és que, com a membre de la Comissió d'«experts» que ens reunim al Ministeri de Foment per tractar de la reforma de la LAU que ha tingut lloc en la Llei 4/2013, no vam tenir l'oportunitat de discutir res del Registre, ja que la Direcció General dels Registres i del Notariat va aportar les normes específiques a última hora i no vam disposar de temps per a la necessària confrontació jurídica, encara que en aquell moment els féssim constar la nostra disconformitat. Després, per part meua, de forma reiterada, he posat de manifest a responsables de Justícia que eren unes disposicions mancades de sentit social i, a més, molt febles jurídicament. El cert és que ningú d'aquest Ministeri ha tingut la valentia de discutir els temes, encara que, això sí, rebien les meves crítiques amb edu-



cació i bona cara, fins i tot donant-me la raó als càrrecs, però sense cap efectivitat.

Bé, i per concretar, es pot preguntar el lector: quines són les meves propostes i, sobretot, divergències? Encara que sigui una hipòtesi gairebé miraculosa políticament, insisteixo constantment en el fet que s'ha de retirar i anul·lar tot el que es va legislar a la Llei 4/2013 sobre el Registre de la Propietat, tenint en compte que des de la LAU 29/94, d'acord amb la disposició addicional 2a, es va dictar el Reial decret 297/1996, que va instrumentar la inscripció registral dels

arrendaments urbans i ha permès als qui ho han volgut inscriure al seu contracte, naturalment, sense les conseqüències nefastes per a uns i altres del que es disposa en l'esmentada Llei 4/2013 i se suposa que en el futur Reglament, previst a la disposició final 2a

I en què em baso per a aquest posicionament jurídic negatiu? Doncs en els punts que faré constar tot seguit, que, per cert, comparteixen pràcticament tots els meus companys advocats i també catequètics de Dret civil, indicant que un d'ells, precisament de la Universitat de Barcelo-

na, va participar en la Comissió i va fer constar també la seva plena negativa a convertir la Llei d'arrendaments urbans en un complement de la Llei hipotecària i el Reglament hipotecari, com de fet i de dret suposa el que disposa l'art. 7.2 LAU 4/2013. La meua disconformitat es basa en el següent:

En primer lloc, fer constar que l'actual legislació arrendatària, l'esmentada Llei 4/2013, afortunadament només s'aplica per als contractes que s'hagin fet o es facin a partir del 6 de juny de 2013. Així, la resolució de l'arrendament per «*retracte convencional*», «*substitució fideïcomissària*», «*alienació forçosa per execució hipotecària*» o «*sentència judicial*» i l'exercici del dret d'«*opció de compra*», en contractes anteriors, no suposa la resolució de l'arrendament de manera radical i immediata.

Però, a partir de la data esmentada, sobretot les execucions hipotecàries, d'acord amb l'art. 13 LAU, suposa la resolució de l'arrendament, ni tan sols es consent que se segueixi ocupant l'habitatge fins que acabi el termini legal, que ara és només de tres anys, quan en els arrendaments anteriors al 6 de juny de 2013, com abans s'apuntava, sí que hi havia i hi ha obligació de respectar els cinc que fixava el precepte esmentat. La qüestió que cal plantejar-se, des d'un punt de vista social i jurídic, és: on és l'incompliment de l'arrendatari, que paga correctament la renda, per ser castigat per fets que no afecten el seu compromís contractual?

S'estan anteposant els interessos, sobretot, de les entitats financeres a la seguretat de qui segurament és la part més dèbil

Llavors, què s'ha d'aconsellar a l'arrendatari? Doncs, segons determinades persones dels ministeris que han promulgat la Llei 4/2013, que comprovi prèviament el Registre i, quan vegi l'existència de qualsevol d'aquests drets preferents, no arrendi. Quina solució! Per descomptat, aquesta no és la manera d'incrementar la seguretat i el parc d'habitatges en arrendament, que és la finalitat que es persegueix, quan, segons el Banc d'Espanya, hi ha prop de sis milions d'habitatges amb hipoteca. S'estan anteposant els interessos, sobretot, de les entitats financeres (i ara també dels fons

d'inversió «vultors») a la seguretat de qui segurament és la part més dèbil, encara que realment no crec que aquest tipus de propietat es tingui o s'adquireixi amb l'objectiu d'arrendar, sinó més aviat per a venda ràpida amb un guany suficient.

Per descomptat, aquesta no és la manera de respondre socialment, ni legalment, al problema de l'arrendament d'habitatges, doncs si hi ha algú que sempre ha estat exigint més seguretat per a l'arrendador i, sobretot, rapidesa processal, és l'autor d'aquestes línies, però no és impediment per demanar també un mínim de seguretat per a l'arrendatari que compleix amb les seves obligacions i que no pot ser el gran perjudicat per problemes de l'arrendador, si més no, en el termini mínim legal, que, repetim, ara és de només tres anys.

Després tenim l'art. 14, sobre la compravenda, que quan no hi ha inscripció preferent de l'arrendament, el nou titular pot resoldre igualment, encara que amb determinada indemnització (?) per part de l'arrendador (el venedor), que, naturalment, haurà d'exigir judicialment i provar els danys i perjudicis. «És clar —diuen els defensors de la inscripció—, per això és convenient inscriure». Sí, és veritat en aquests casos, però ho admetrà el propietari? No se'l pot aconsellar favorablement pensant en el futur, doncs és evident que si l'arrendador necessita una hipoteca o qualsevol crèdit amb garantia del pis, o bé procedir a la venda, no ho podrà aconseguir fàcilment. La prova és que, excepte determinades i escasses empreses que tenen el negoci en l'arrendament, no hi ha banc, ni tan sols el «dolent», que estigui disposat a aquesta inscripció. Per no dir res dels fons «vultors» esmentats abans, que estan comprant molts immobles.

Finalment, hi ha l'art. 27.4, que és un precepte realment penós des del punt de vista legal, perquè gairebé res del que es diu es pot realitzar. Així:

Em pot dir algú com es fa un requeriment judicial?

I què farà el Registrador si l'arrendatari contesta el requeriment (per descomptat, notarial) i diu que no deu res?

I què passa si el requeriment notarial no es rep? En el suposat cas que el Registrador decideixi la cancel·lació de la inscripció al Registre, el precepte indica també que el contracte quedarà «resolt». Doncs bé, qui i com llença l'arrendatari?

Per descomptat, el que no pot ser és que el Registrador es converteixi en Jutge, escolti les parts, decideixi finalment qui té raó i ordeni el llançament. Absurd. Evidentment, la Llei d'enjudiciament civil no té cap previsió al respecte. Per acabar aquest comentari sobre l'incomprensible art. 27.4, dos consells: a l'arrendador, que s'oblidi d'aquest precepte i, quan hi hagi falta de pagament, que acudeixi directament al judici de desnonament, i a l'arrendatari, que no inscrigui, perquè d'aquesta manera no tindrà problemes amb la possible resolució per part del Registrador. És una bona manera d'animar a inscriure!

Per tant, cal rectificar, però és quelcom difícil en l'actual Ministeri de Justícia i, sobretot, en la Direcció General dels Registres i del Notariat, doncs han fet d'aquesta reforma un banderí en contra de gran part dels juristes (per descomptat, dels advocats i de tots els membres de la Comissió que va participar en la reforma de la LAU), doncs ens trobem davant d'un error clar i greu que reconeixen molts registradors de manera privada. Encara que és cert que no estan per la labor de rectificar, han de saber (ja ho saben) que és una necessitat jurídica i social absolutament imprescindible perquè els arrendaments tinguin un curs personal i social segur per a les dues parts, especialment per a l'arrendatari.

En definitiva, com a Jurista que coneix una mica el tema dels arrendaments, respectant altres opinions, faig constar que, llevat de casos especials (sobretot, de grans locals), crec que no resulta convenient registrar els arrendaments urbans d'habitatges, ni a l'arrendador ni tampoc a l'arrendatari. A banda del fet que obliga aquests últims a acudir prèviament al Registre, demanar una còpia simple i així poder decidir. Aquest no és el sistema normal d'actuació, doncs la major part dels arrendaments els fan persones corrents i confiades. Ara, per a seguretat de decidir, hauran de gastar diners i temps en aquestes gestions, a no ser que les encarreguin a tercers que els puguin assessorar (sobretot, si el Registre no és a la seva localitat). La veritat és que no haurien de necessitar tant de tràmit si realment, com ocorria fins al 6 de juny de 2013, sabien que tenien assegurances els cinc anys de durada de l'arrendament, que ara només són tres i sense garanties que es compleixin, encara que siguin uns inquilins perfectes. És evident, i ja acabo, que és una inseguretat jurídica tremenda.

La cèdula d'habilitat a Catalunya: excepcions a l'obligatorietat

José-Javier Cuevas Castaño
Notari jubilat

SUMARI

- I. GENERALITATS
- II. EXIGIBILITAT DE LA CÈDULA
- III. EXCEPCIONS
- IV. SUPÒSITS DUBTOSOS
- V. SUPÒSITS D'EXONERACIÓ
- VI. REFERÈNCIA ESPECIAL ALS «ESTABLIMENTS D'ALLOTJAMENT TURÍSTIC»

I. GENERALITATS

La cèdula d'habilitat és, segons l'art. 26 de la Llei 18/2007, el document específic, atorgat pel departament competent en matèria d'habitatge o pels ens locals que tinguessin delegada aquesta funció, que acredita que un habitatge compleix les condicions de qualitat legalment establertes i que, en conseqüència, és apte per a ser destinat a residència.

El concepte es reitera en termes molt semblants al Decret 55/2009, on s'afegeix:

La cèdula es denomina de primera ocupació quan es refereix a habitatges de nova construcció i de segona i suc-

cessives ocupacions si es refereix a habitatges usats o preexistents (art. 7.2).

*En cas d'habitatges promoguts sota qualsevol règim de **protecció pública**, la qualificació definitiva substitueix a la cèdula d'habilitat de primera ocupació durant un període de 15 anys. Un cop transcorregut aquest període des de l'expedició de la qualificació definitiva, les segones transmissions i les*

successives requeriran l'obtenció de la cèdula d'habilitat (art. 8.3).

Aquest paràgraf no aborda directament la qüestió de si seria o no exigible la cèdula en cas que **abans de transcórrer els quinze anys es produís desqualificació** voluntària o forçosa i es pretengués llavors la contractació amb empreses subministradores d'electricitat, aigua, gas,



FITXA TÈCNICA

Resum: Es defineix i analitza la cèdula d'habitabilitat, les *finalitats* a les quals respon la seva *exigibilitat* i les *excepcions* i possibilitats d'*exoneració* establertes per via normativa o reconegudes per la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, les resolucions de la qual sobre aquest particular s'examinen.

Paraules clau: Cèdula d'habitabilitat, habitatges de protecció pública, establiments d'allotjament turístic.

Abstract: The certificate of habitability is defined and analysed, along with the *aims* lying behind its *requirement* and the *exceptions* and possibilities for *exemptions* established in the regulations or acknowledged by the Directorate-General of the Law and Legal Institutions, the rulings of which on this matter are examined.

Keywords: Certificate of habitability, state-funded housing, establishments providing tourist accommodation.

telecomunicacions i altres serveis (art. 10) o la transmissió de la finca.

Mitjançant la cèdula d'habitabilitat, segons ha declarat reiteradament la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, es pretén, d'una banda, la *protecció del consumidor o usuari* que accedeix a la propietat o a l'ús d'un habitatge i, de l'altra, *garantir la qualitat i el bon ús dels habitatges* per mitjà d'una activitat de control públic. Hi conflueixen, doncs, drets subjectius estrictament privats i altres de caràcter públic i interès general, fet que obliga a la determinació d'un marc normatiu fix, estricte i imperatiu que, en termes generals, tot i que amb excepcions, resta sostret a la voluntat dels subjectes per via d'exclusió voluntària, renúncia o pacte en contra (art. 111.6 CCCat).

II. EXIGIBILITAT DE LA CÈDULA

— L'art. 8 del Decret 55/2009, del 7 d'abril, de la Generalitat de Catalunya, sobre les **condicions d'habitabilitat dels habitatges i la cèdula d'habitabilitat**, estableix:

1) Tots els habitatges han de disposar de cèdula d'habitabilitat, d'acord amb aquest Decret. Aquesta cèdula té una vigència de 15 anys.

2) Els habitatges de nova construcció i els que hagin sofert modificacions en la superfície o se n'alterin les condicions d'habitabilitat han de disposar de cèdula prèviament a l'ocupació.

A la resta de supòsits, i per tal que les persones transmissores puguin lliu-

rar la cèdula als adquirents, d'acord amb el que preveu l'art. 26.2 de la Llei 18/2007, del 28 de desembre, de dret a l'habitatge, cal que els habitatges disposin de cèdula en el moment en què se'n produeixi la transmissió entre vius, lloguer o cessió d'ús, incloses les derivades de segones transmissions i successives [...].

La cèdula d'habitabilitat és el document específic, atorgat pel departament competent en matèria d'habitatge o pels ens locals que tinguessin delegada aquesta funció, que acredita que un habitatge compleix les condicions de qualitat legalment establertes i que, en conseqüència, és apte per a ser destinat a residència

— L'art. 132 de la Llei 18/2007, de dret a l'habitatge, disposa:

Els notaris, abans d'autoritzar la subscripció d'un acte de transmissió o cessió de l'ús d'habitatges, han d'exigir el compliment de les disposicions d'aquesta llei, especialment les següents:

L'habitatge ha de disposar de cèdula d'habitabilitat vigent o, en el cas d'habitatges de protecció oficial, de la qualificació definitiva. Aquests documents han de lliurar-se als adquirents o usuaris.

En realitat, l'exigència de lliurament o posada a disposició s'estén a tots els negocis que comportin una **transmissió voluntària i efectiva de l'ús de l'habitatge a canvi d'una contraprestació** (Resolució JUS/1205/2009, del 27 d'abril), i és absolutament indiferent que els intervinents siguin *persones físiques o jurídiques* (Resolució JUS/1939/2010, del 20 d'abril).

En conseqüència, serà obligatori el lliurament de la cèdula en les **ventes, permutes, dacions en pagament, per a pagament i en pagament d'assumpció de deutes**. A les dacions en pagament es refereix, precisament i en aquest sentit, la Resolució JUS/20/2012, del 5 de gener.

III. EXCEPCIONS

Com acabem de dir, el lliurament o la posada a disposició de la cèdula és exigible, segons la Resolució JUS/1205/2009, del 27 d'abril, en tots els negocis que comporten una **transmissió voluntària i efectiva de l'ús de l'habitatge a canvi d'una contraprestació**. A conseqüència d'això, la cèdula d'habitabilitat **no és exigible** en les *transmissions no voluntàries* per al transmissor, com són les adjudicacions en *procediments d'execució* de qualsevol tipus, les *expropiacions* o les *transmissions per causa de mort* o aquelles que, malgrat ser voluntàries, *no comporten contraprestació, com les donacions*.

La mateixa Resolució entén que tampoc és exigible l'aportació de la cèdula en els negocis *entre copropietaris* (en els quals l'adquirent o adjudicatari ja tenia, encara que fos parcialment, l'ús de l'habitatge), com són la *dissolució del condomini ordinari*, la compra per part d'un copropietari a un altre copropietari d'una altra participació indivisa o la liquidació del règim matrimonial de comunitat de béns. Tampoc seria necessari aportar la cèdula quan la mateixa llei ho exceptua —com és el cas dels establiments d'allotjament turístic, excepte turisme rural (art. 26.7 Llei 18/2007), o la *transmissió d'habitatges en construcció* (art. 63 de la mateixa).

IV. SUPÒSITS DUBTOSOS

Les resolucions que exclouen de l'obligatorietat d'aportar la cèdula a aquells negocis jurídics voluntaris i onerosos en els quals **no hi ha realment cessió de**



L'ús o que es fan a un copropietari ens obliguen, d'una banda, a plantejar-nos el tema de les transmissions amb reserva d'usdefruit (qualcom que sembla admissible, però pot obrir una possible bretxa al sistema quan es consolidin usdefruit i nua propietat per causa diferent de la renúncia de l'usufructuari) i, de l'altra, ens inclinen a decantar-nos per l'exigibilitat de la cèdula en les **transmissions de quota a qui no fos ja copropietari**, per evitar que després, mitjançant transmissions successives entre copropietaris, es burli l'exigibilitat de la cèdula.

Com a norma fonamental cal considerar que la cèdula d'habitabilitat afecta tota transmissió voluntària de l'ús de l'habitatge a canvi d'una contraprestació

La Resolució JUS/1939/2010, abans esmentada, que exclou de l'obligatorietat de lliurament de la cèdula en els casos de **dissolució de règims econòmics matrimonials de comunitat**, podria entendre's també aplicable als actes d'**aportació** a la comunitat conjugal, en general, i a la societat de guanys, en particular.

Queden pendents dubtes sobre si l'exigència de cèdula s'estén a la **constitució de censos** (art. 565-3 CCCat) i a l'**acte d'aportació social**, tant en societats civils com en societats mercantils, matèria que està íntimament relacionada amb el discutit tema de la *naturalesa jurídica de l'acte d'aportació social*, segons si es considera o no que en aquest acte existeix una veritable alienació i transmissió a un tercer. En relació amb això, la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, en la Resolució JUS/2316/2013, del 25 d'octubre, i davant de la tesi del recurrent, va declarar que l'aportació d'un habitatge en una operació d'augment de capital social constitueix «transmissió onerosa totalment voluntària» i, per tant, declara l'obligatorietat de lliurament de la cèdula. Sense qüestionar en absolut aquest resultat, no podem evitar sorprendre'ns per la simplicitat i el dogmatisme amb què la Direcció General despatxa el tema de la naturalesa jurídica de l'acte d'aportació social, sense ni tan sols esmentar l'ampli

ventall d'opinions que tan magistralment va sistematitzar en López Jacoiste en la seva clàssica monografia sobre el tema.

Pel que fa als **drets d'adquisició voluntària (opció, tanteig i retracte)** regulats al Codi Civil de Catalunya (arts. 568.8 a 568.15), la resposta hauria de ser molt matisada, doncs, si bé és cert que la constitució voluntària d'un d'aquests drets *no implica la cessió de l'ús o gaudi de l'habitatge*, no és menys cert que la no disponibilitat inicial o la no obtenció posterior de la cèdula d'habitabilitat per part del propietari-constituent resultaria un impediment per a l'exercici normal del dret d'adquisició de l'habitatge per part del seu titular (més encara per al cas d'exercici unilateral de l'opció), per la qual cosa no sembla inversemblant l'exigència *ad cautelam* de la cèdula, amb la possibilitat d'aplicar a aquesta exigència qualsevol de les excepcions o les vies d'exoneració expressa legalment previstes.

V. SUPÒSITS D'EXONERACIÓ

a) L'art. 132 de la Llei 18/2007 disposa:

En el supòsit de transmissió d'habitatges que no siguin de nova construcció, els adquirents poden exonerar de forma expressa d'aquesta obligació dels transmissors en els supòsits següents:

PRIMER. Quan l'habitatge usat o preexistent hagi de ser objecte de rehabilitació o enderrocament. En el supòsit de rehabilitació, l'exoneració comporta l'obligació de presentar al fedatari públic autoritzant un informe emès per un tècnic competent en el qual s'acrediti que l'habitatge pot obtenir la cèdula d'habitabilitat un cop executades les obres de rehabilitació necessàries per complir la normativa tècnica d'habitabilitat.

(Respecte al cas de finca o edificació **ruïnosa**, susceptible d'enderrocament o de rehabilitació, la Resolució JUS/660/2012, del 12 de maig, en resposta al recurs interposat per un particular, va declarar la insuficiència de la manifestació efectuada relativa a l'estat ruïnós de la finca, exigint com a pressupòsit de l'exoneració que s'aportés un document fefaent que permetés la *rectificació de la descripció registral*, d'acord amb l'art. 40 LH.)

SEGON. Quan la destinació de l'immoble o l'entitat objecte de transmissió no sigui el d'ús com a habitatge, si el transmissor i l'adquirent ho reconeixen de forma expressa.

TERCER. Quan es compleixi qualsevol altre supòsit d'exoneració que es determini per reglament.

b) A aquests tres grups d'excepcions, el **Decret 141/2012** els afegeix la següent:

*Quan per causes excepcionals i degudament motivades les persones transmissores i adquirents **acordin** davant d'un fedatari públic el lliurament de la cèdula d'habitabilitat en un **moment posterior** a la data en què es produeixi l'acte de transmissió de l'habitatge, sempre que presentin al fedatari la **sol·licitud** de cèdula d'habitabilitat registrada, amb el **certificat** d'habitabilitat emès per una persona tècnica competent que acrediti que l'habitatge reuneix les condicions necessàries per obtenir la cèdula d'habitabilitat de segona ocupació.*

Cal tenir present que les referències que es fan a certificacions o informes emesos per persona tècnica competent han donat lloc a certes divergències, resoltes per la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques en termes que considerem generalitzables a les altres intervencions d'aquestes persones tècniques previstes en el mateix art. 10 del Decret 141/12, a l'art. 132 de la Llei 18/2007 i al Decret 55/2009. En relació amb això, la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques ha declarat:

— En la Resolució del 27 de novembre de 2008 (JUS/4053/2008) es va plantejar la qüestió de si era o no necessària la legitimació notarial de la signatura que autoritzava l'informe, a més del visat col·legial, i la Direcció General es va decantar per exigir tant el visat col·legial com la legitimació notarial de la signatura que autoritzava l'informe.

— En la Resolució del 31 de març de 2009 (JUS/1205/2009), es va considerar ineficax la mera renúncia a exigir l'aportació de la cèdula i es va declarar la necessitat d'aportar-la o que «l'informe suplementari del tècnic competent ha d'estar visat pel col·legi respectiu

per acreditar la condició de tècnic de qui el signa i la signatura ha de ser legitimada notarialment per acreditar la identitat de qui el signa».

- En canvi, en la Resolució del 18 d'abril de 2012 (JUS/1346/2012), es va prescindir d'aquestes exigències de visat col·legial i legitimació de signatura basant-se en el fet que el Notari havia emparat la identitat i idoneïtat del tècnic perquè li constava personalment.

També s'ha plantejat i va ser objecte de la Resolució JUS 1507/2012, del 29 de juny, el tema de la forma o manera d'expressar l'exoneració de l'obligació d'aportar la cèdula d'habitabilitat, admetent-se, davant del formalisme que exigia la qualificació registral, fórmules indirectes de les quals pot deduir-se aquesta exoneració.

VI. REFERÈNCIA ESPECIAL ALS «ESTABLIMENTS D'ALLOTJAMENT TURÍSTIC»

El primer que caldria destacar en aquesta matèria seria la **proliferació normativa**, que, pel que fa a Catalunya, va des del Decret 163/1998, del 8 de juliol, pel qual es van regular els **apartaments turístics**, fins al Decret 159/2012, del 20 de novembre, d'**establiment d'allotjament turístic i d'habitatges d'ús turístic**, passant per **normes derogades** (Decret 183/2010,

del 23 de novembre, d'establiment d'allotjament turístic, i Decret 164/2010, de regulació dels habitatges d'ús turístic), per **normes modificatives** (Llei 9/2011, del 29 de desembre, de promoció de l'activitat econòmica) i per **normes modificades** però subsistents (Llei 13/2002, del 21 de juliol, de turisme, i Llei 18/2007, de dret a l'habitatge), sense oblidar-nos del Decret 106/2008, de mesures per a l'eliminació de tràmits i simplificació de procediments, ni del Decret 187/2010, del 23 de novembre, sobre inspecció tècnica d'edificis.

En segon lloc, volem cridar l'atenció sobre l'**absència d'una terminologia consolidada i unívoca**, fet que indueix a atribuir denominacions que no es corresponen amb la «realitat jurídica» de les coses i que genera dubtes i distorsions. Com a exemple, podríem dir que la majoria de les vegades es parla d'**apartament turístic** per referir-se a petits habitatges («apartaments») situats en zones de costa o vacances («turístiques»), la qual cosa té molt poc a veure amb el que, com veurem, mereix la qualificació legal d'**apartaments turístics**.

En aquesta matèria, resulten bàsiques la **Llei 13/2002, del 21 de juny, de turisme**, i la **Llei 18/2007, del dret a l'habitatge**, modificades totes dues per la Llei 9/2011, del 29 de desembre, de promoció de l'activitat econòmica, així com el **Decret 159/2012, del 20 de novembre, d'establiment d'allotjament turístic i**

d'habitatges d'ús turístic, que ens permeten extreure les precisions següents:

a) Conceptes legals d'establiment d'allotjament turístic.

- Segons la **Llei 13/2002**:

Els que, de manera habitual i amb caràcter professional, ofereixen als usuaris turístics, mitjançant un preu, allotjament temporal que no constitueixi un canvi de residència per a la persona allotjada, d'acord amb les condicions i les característiques establertes pel reglament.

- Segons el **Decret 159/2012**:

Els locals i les instal·lacions obertes al públic on, de manera habitual i amb caràcter professional, les persones titulars ofereixen a les persones usuàries, mitjançant un preu, allotjament temporal en les unitats d'allotjament, així com altres serveis turístics d'acord amb les condicions que estableix aquesta norma.

Els establiments d'allotjament turístic no poden constituir-se com a habitatges, amb l'única excepció dels establiments de turisme rural. Els establiments d'allotjament turístic no poden esdevenir residència principal ni secundària de les persones usuàries en cap cas.

Va ser objecte de la Resolució JUS 1507/2012, del 29 de juny, el tema de la forma o manera d'expressar l'exoneració de l'obligació d'aportar la cèdula d'habitabilitat, admetent-se, davant del formalisme que exigia la qualificació registral, fórmules indirectes de les quals pot deduir-se aquesta exoneració

Queda clar en aquestes definicions que els **establiments turístics**, en sentit tècnic-jurídic, ho són més per l'activitat econòmica que s'hi desenvolupa que per les característiques físiques.

b) Classes d'establiment d'allotjament turístic:

- Establiments hotelers.
- Apartaments turístics.





- Càmpings.
- Establiments de turisme rural.
- Qualsevol altra que s'estableixi per reglament.

c) Definició legal d'apartament turístic.

Segons l'art. 43 de la Llei 13/2002, de turisme:

Els apartaments turístics són edificis o conjunts d'habitatges que s'ofereixen, amb els corresponents serveis turístics, en condicions de disponibilitat immediata i mitjançant preu, a usuaris que volen realitzar una estada de dies, setmanes o mesos, per motius turístics o de vacances.

En congruència amb aquesta definició, la llei regula els serveis, categories,

registre, inspecció i altres particularitats que afecten aquesta *activitat econòmica*, la qual cosa allunya aquesta figura del que vulgarment, fins i tot en descripcions notariales i inscripcions registrals, es denomina *apartaments turístics*, tot i que en realitat i en pura tècnica jurídica no mereixen aquesta denominació.

d) Els «apartaments turístics» que no necessiten cèdula d'habitabilitat.

Els «**establiments d'allotjament turístic**» (llevat dels rurals) estan exempts de l'obligatorietat d'obtenir la cèdula d'habitabilitat. En aquest sentit, l'art. 26.7 de la Llei 18/2007, del dret a l'habitatge, disposa que «**els establiments d'allotjament turístic no es consideren habitatges a efectes de l'exigència de la cèdula d'habita-**

bitat, llevat dels establiments de turisme rural».

En sentit diametralment oposat, l'art. 67 del Decret 159/2012 disposa que «*els habitatges d'ús turístic han de disposar de la cèdula d'habitabilitat*».

I pel que fa als **apartaments turístics**, la resposta dependrà de si mereixen aquesta qualificació de conformitat amb la legislació que els resulta d'aplicació (cas en el qual constituïrien veritables **establiments d'allotjament turístic** no subjectes a l'exigència de cèdula d'habitabilitat) o no compleixen amb els requisits exigits, cas en el qual serà d'aplicació a aquests **pseudoapartaments turístics** l'art. 132 de la Llei 18/2007 i hauran d'estar dotats de cèdula d'habitabilitat.

NOTA: En virtut del conveni de col·laboració entre el Col·legi de Notaris de Catalunya i la Secretaria d'Habitatge de la Generalitat, els notaris de Catalunya poden accedir, mitjançant una aplicació existent a la Intranet col·legial, al SERVEI DE CONSULTA I REIMPRESSIÓ DE DUPLICATS DE CÈDULES D'HABITABILITAT, el registre de les quals es troba de moment incomplet i en fase d'actualització.

Notarional

Ressenyes de normativa

Elisabeth García Cueto

Notària de Barcelona

Professora col·laboradora de la Facultat de Dret d'ESADE-URL

Directiva 2014/36/UE, del 26 de febrer, sobre les condicions d'entrada i estada de nacionals de tercers països per a fins laborals com a treballadors temporers

Aquesta Directiva estableix els requisits i les condicions d'entrada i estada de tots els nacionals de tercers països per a fins laborals com a treballadors temporers i defineix els drets que els corresponen (a efectes europeus, els que tinguin una estada superior a noranta dies).

La normativa s'aplicarà a tots els nacionals de tercers països que resideixin fora del territori dels estats membres i hagin sol·licitat l'admissió o hagin estat admesos d'acord amb aquesta Directiva en el territori d'un estat membre per a fins laborals com a treballadors temporers. S'exclou d'aplicació, per tant, tots els que en el moment de presentar la sol·licitud resideixin en el territori dels estats membres, a excepció dels casos contemplats a l'art. 15 de la normativa esmentada. Per tal de poder aconseguir aquest objectiu, es preveu que els estats membres, en funció de les seves necessitats socials i en relació amb els sectors d'ocupació de les activitats de ritme estacional, n'elaborin una llista i informin, si escau, de les modificacions en aquesta llista, si fos necessari i a causa d'un canvi en el sector.

La transposició de la Directiva ha de portar-se a terme abans del 30 de setembre de 2016.

Petició de decisió prejudicial del 21 de novembre de 2013, relativa al monopoli del Notariat italià en la compravenda de béns immobles i la Directiva de prestació de serveis

En breu, el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, en relació amb l'Assumpte C-600/13, resoldrà la petició de decisió prejudicial plantejada pel Jutge de pau de Matera (Itàlia) el 21 de novembre de 2013. La qüestió que es planteja respon a certs punts.



En primer lloc, segons la normativa notarial italiana —arts. 51 i seg.—, en relació amb la regulació del Codi Civil d'aquest país —arts. 1350 a 2657—, la redacció i l'autenticació dels contractes de compravenda de béns immobles a Itàlia corresponen en exclusiva als notaris italians. Ara bé, l'art. 49 del Tractat de la Unió Europea regula el principi de lliure circulació de serveis en el territori de la Unió.

Un altre punt a tractar serà també determinar si la normativa civil italiana en relació amb la regulació notarial és contrària a les normes del Tractat de la Unió Europea, en relació amb la prohibició de monopolis per a la prestació de serveis.

Directiva europea sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial

Ángel Serrano de Nicolás
Doctor en Dret
Notari de Barcelona

SUMARI

- I. NATURALESA DE LA DIRECTIVA
- II. ÀMBIT D'APLICACIÓ DE LA DIRECTIVA
- III. DEFINICIONS I MODALITATS DE CONTRACTES DE CRÈDIT: CONTRACTES VINCULATS I COMBINATS
- IV. FASE PRECONTRACTUAL
- V. MORA I EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA

El *Diari Oficial de la Unió Europea* del 28 de febrer de 2014 publica la Directiva 2014/17/UE, del Parlament Europeu i del Consell, del 4 de febrer de 2014, sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial, i per la qual es modifiquen les directives 2009/48/CE i 2013/36/UE i el Reglament (UE) núm. 1093/2010, la finalitat última del qual —així, Considerant (d'ara endavant, Cons.) 2— és la «*instauració d'un mercat de crèdit més transparent i eficient*»

dins del que és el mercat interior europeu, incloent també «*la regulació i supervisió dels intermediaris de crèdit i les entitats no creditícies que atorguen contractes de crèdit per a béns immobles d'ús residencial*».

Pel que fa al Dret intern espanyol, afecta, singularment, a la Llei 2/2009, del 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis de mediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit, i, en el





FITXA TÈCNICA

Resum: El *Diari Oficial de la Unió Europea* del 28 de febrer de 2014 publica la Directiva 2014/17/UE, del Parlament Europeu i del Consell, del 4 de febrer de 2014, sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial, i per la qual es modifiquen les directives 2009/48/CE i 2013/36/UE i el Reglament (UE) núm. 1093/2010, la finalitat última del qual és la «*instauració d'un mercat de crèdit més transparent i eficient*» dins del que és el mercat interior europeu, incloent també «*la regulació i supervisió dels intermediaris de crèdit i les entitats no creditícies que atorguen contractes de crèdit per a béns immobles d'ús residencial*».

Paraules clau: Directiva europea, contractes de crèdit, consumidors, béns immobles, execució hipotecària.

Abstract: The Official Journal of the European Union of 28 February 2014 publishes Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, the ultimate aim of which is 'the development of a more transparent and efficient credit market' within the European internal market, including also 'the regulation and supervision of credit intermediaries and non-credit institutions providing credit agreements relating to residential immovable property'.

Keywords: European Directive, credit agreements, consumers, immovable property, mortgage foreclosure.

que és pròpiament el mercat hipotecari, a la Llei hipotecària —encara que no sigui de forma especialment rellevant, per aplicar-se l'LH més, en concret, al dret real d'hipoteca, en la vessant accessòria i de garantia, i en la fase de seguretat—; de manera singular, a la Llei d'enjudiciament civil —en regular la fase de realització de valor, a l'efecte Cons. 27, malgrat la rellevància de l'art. 130 LH, després de modificar-lo la Llei 41/2007—; més específicament, doncs li dedica —com no pot ser d'una altra manera— una gran importància a la fase precontractual, a la Llei 2/1981, del 25 de març, de regulació del mercat hipotecari, i a les seves normes de desenvolupament, com són el seu Reglament, Reial decret 716/2009, del 24 d'abril —amb especial rellevància en matèria de taxació, matèria reformada per la Llei 41/2007, en establir la llibertat d'elecció del consumidor, i novament reformada per la Llei 1/2013, i el seu percentatge del 75%—, i, de manera transcendental —per la rellevància futura de la FEIN, art. 14 Directiva—, en el que és la fase precontractual i informativa, l'Ordre EHA/2899/2011, del 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris, així com la Circular 5/2012, del 27 de juny, del Banc d'Espanya, entre les finalitats de la qual hi ha la transparència i responsabilitat en la concessió de préstecs, i aquí serà transcendent l'exacta adequació i, a més, que la informació no esdevingui en sobreinformació, i consegüent desinformació, si, a més, no és en sentit estricte i tècnic

una oferta contractual, vinculant per a l'ofertant. La transcendència deriva del fet que les FIPRE-FIPER estan lluny de ser equivalents de la futura i imperativa Fitxa Europea d'Informació Normalitzada (FEIN), pilar, juntament amb la TAE, d'aquesta Directiva 2014/17/UE.

Tampoc podran oblidar-se, entre les futures reformes, per les pretensions de l'art. 28 de la pròpia Directiva, tant en matèria de demores com d'execució hipotecària, el Reial decret-Llei 6/2012, del 9 de març, de mesures urgents de protecció dels deutors hipotecaris sense recursos, i la més recent Llei 1/2013, del 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social, així com —atès que pot facilitar la reordenació i el refinançament (esdevenint l'execució la solució última)— la Llei 2/1994, del 30 de març, modificada substancialment per la Llei 41/2007, que va incidir de nou sobre les novacions i subrogacions de crèdits i préstecs hipotecaris; aquesta última serà transcendental —i sempre que s'aconsegueixi un règim més clar que el derivat de la reforma operada per la Llei 41/2007—, si es pretén assolir el màxim de la pretensió de l'art. 28 d'aquesta Directiva, és a dir, que els creditors, en general, entitats de crèdit, puguin «mostrar-se raonablement tolerants abans d'iniciar un procediment d'execució», fet que en pura prudència bancària exigirà que el refinançament —ampliació de termini i fins i tot de petit capital— no comporti pèrdua

del rang hipotecari, fet que no ha de perjudicar necessàriament el tercer, si ja es contempla *ab initio*, en constituir-se la hipoteca, o si és una previsió legal, doncs el segon podrà cobrar malament —en rang o l'embargador— si no pot fer-ho ja ni el primer.

Tot això s'haurà d'unir a la contemplació de les comissions, a les quals també es refereix l'art. 25 de la Directiva, amb diverses reformes no només en el nom, sinó també en el concepte

Tot això s'haurà d'unir a la contemplació de les comissions, a les quals també es refereix l'art. 25 de la Directiva, amb diverses reformes no només en el nom, sinó també en el concepte —d'amortització anticipada o per desistiment.

En resum, sembla que exigiria uns nous textos legals, amb l'adequat rang legal, clars i transparents, sense perjudici de conservar, doncs tenen substantivitat pròpia, encara que hi hagi refoses, l'LMH i l'LH, així com la LEC, i, sense que procedeixi un redviu art. 131 LH, sí sembla exigible un procediment —que no procés o imitació del mateix— que s'emmotlli a les pretensions de l'art. 28.5, del qual la pràctica demostra que dista —doncs, empíricament, és obvi que no s'obté el millor preu, deixant al marge altres pràctiques, encara que avui ja no hi siguin els «subhastars»— l'execució judicial i l'actual art. 129 LH, i menys l'encara vigent desenvolupament reglamentari. Doncs es tracta, en la pròpia terminologia de la Directiva, art. 28.5, d'obtenir amb els nous «procediments o mesures [...] el millor preu per la propietat objecte d'execució hipotecària». Juntament amb facilitar, si no queda extingit el deute amb l'execució, que el consumidor tingui «mesures que facilitin el reembossament» —v. gr. préstec personal igual o similar al que tenia—, algunes de les que ja contempla la pròpia Llei 1/2013, pel que fa al percentatge que s'amortitzi, el termini i el consegüent alliberament, etc.

Si ens preguntem tot això per a quan, ens dona la resposta la pròpia Directiva 2014/17/UE, art. 42, que exigeix que estiguin ja no adaptades, sinó fins i tot **publicades**, «com a molt tard, el 21 de març de 2016, les



disposicions legals, reglamentàries i administratives necessàries per donar compliment al que s'estableix en aquesta Directiva», és a dir, no només lleis, sinó fins i tot les circulars del Banc d'Espanya.

En qualsevol cas, no s'aplica als contractes en curs, però caldria diferenciar allò substantiu i formal d'allò processal, art. 42. Juntament amb el fet que seran **irrenunciabls** per al consumidor, art. 41, els drets que resultin de la transposició.

Encara que no és una norma que afecti directament el contracte de crèdit, sí que interessa destacar el Cons. 35 quan precisa que la Directiva «estableix normes de remuneració del personal amb la finalitat de limitar les males pràctiques de venda i de garantir que la forma de remuneració del personal no impedeixi complir l'obligació de tenir en compte els interessos del consumidor [...] la remuneració percebuda pel personal no pot dependre de l'interès o del tipus de contracte de crèdit celebrat amb el consumidor».

I. NATURALESA DE LA DIRECTIVA

Es tracta d'una **Directiva de mínims**, art. 2, encara que amb àmbits de màxima harmonització, singularitat de la qual és conscient el legislador (Cons. 7, penúltim incís), doncs els estats membres podran adoptar «disposicions més estrictes», unit al fet que el propi Cdt. 8, segon paràgraf, precisa que:

a) **Es podrà legislar**, mantenir o aprovant noves disposicions, en els àmbits no coberts per la pròpia Directiva, com l'àmbit del *Dret contractual* —com la validesa dels contractes—, el *Dret de propietat*, el *Registre de la Propietat*, la *informació contractual* —aquí molt limitat, per l'àmplia i imperativa regulació de la informació precontractual— i les *qüestions postcontractuals* si no ho contempla la Directiva —també contempla qüestions rellevants per al refinançament i l'extinció del deute, no tant que la privació de l'immoble, *vid.* art. 28.

b) **No es podrà legislar**, art. 2, paràgraf 2, sinó d'acord amb la pròpia Directiva, sobre *informació personalitzada* a través de la **FEIN** que figura a l'Annex II (art. 14, apartat 2); ni sobre càlcul de la **TAE** (art. 17, apartats 1 a 5, 7 i 8 i l'Annex I). No cal dir que, atesa la transcendència de la informació precontractual, el rigor amb el qual s'haurà de transposar la

FEIN, per descomptat, no és el de la ja ressenyada normativa actual, en la qual el Banc d'Espanya es pronuncia —o, almenys, ho sembla— sobre matèries que no li corresponen, sinó als tribunals —i aquests tampoc necessàriament en accions col·lectives—; serveixi com a exemple la denominada *clàusula sòl*.

II. ÀMBIT D'APLICACIÓ DE LA DIRECTIVA

Estan subjectes a l'aplicació d'aquesta Directiva 2014/17/UE els contractes següents:

a) **Per raó del subjecte**, els contractes de consumidors —que, com a mínim, per la qual cosa també podrà estendre's a altres subjectes, com les persones jurídiques, Cons. 12, «ha d'incloure les persones físiques que actuen amb fins aliens a les seves activitats comercials o empresarials o a la seva professió [i, fins i tot, als contractes de] doble finalitat [quan] aquestes activitats comercials o empresarials, o aquesta professió, són tan limitades que no predominen en el context general del contracte».

b) **Per raó de l'operació**, art. 1, els crèdits al consum —Cons. 19, amb àmplia remissió, com després es veurà, a la Directiva 2008/48/CE, transposada al Dret intern espanyol per la Llei 16/2011, del 24 de juny, de contractes de crèdit al consum, garantits amb hipoteca o un altre tipus de garantia (immobiliària, s'entén) en relació amb béns immobles d'ús residencial. Sí, no hi ha error de transcripció, es refereix als crèdits al consum, doncs el més rellevant, i que pren com a referència, no és allò accessori, o garantia hipotecària, ben salvaguardada per la nostra Llei hipotecària, sinó allò principal que és el crèdit o préstec, singularment en la fase precontractual; així, la remissió a la Directiva 2008/48/CE, art. 4, de crèdit al consum, és pràcticament a totes les definicions, singularment, la de **consumidor**, **import total del crèdit**, **TAE**, **tipus deutor**, etc.

A més, el préstec pot ser tant *per a adquirir* com *per a conservar*, art. 3.1.b), «drets de propietat sobre finques o edificis construïts o per construir», fet que inclouria la rehabilitació i el refinançament.

Igualment, aquesta transposició, art. 41, no pot fer-se de manera que el «consumidor perdi la protecció que li atorga aquesta Directiva», singularment, mitjançant la **integració en al-**

tres contractes que pel seu «caràcter o objectiu es puguin sostreure a l'àmbit d'aplicació d'aquestes mesures». És a dir, el nom que se li doni al contracte de finançament —doncs és tracta precisament d'obtenir crèdit o finançament— no exclou l'aplicació de la Directiva 2014/17/UE.

En aquest àmbit —de l'operació de finançament— precisa la Directiva que:

1er. **Resten exclusos**, doncs no se'ls aplicarà d'acord amb l'art. 3.2, els contractes d'hipoteca *inversa* o *habitatge-pensió* (Cons. 16) i altres en què el reembossament està determinat per «un o diversos esdeveniments determinats en la vida del consumidor» (Cons. 16); tampoc s'aplicarà la Directiva als que són resultat de l'acord establert entre un òrgan jurisdiccional o una altra autoritat pública, ni tampoc als crèdits a empleats, segons la Directiva de consum 2008/48/CE.

2n. **Podran excloure els estats membres**, art. 3.3, encara que amb condicions, els oferts a «un públic restringit en condicions avantatjoses o els concedits per cooperatives de crèdit», això sí, sempre que s'estableixi un marc alternatiu que permeti garantir els objectius polítics d'estabilitat financera —ordre públic econòmic— i de mercat interior, així com que no impedeixi la «inclusió financera i l'accés al crèdit» (Cons. 17, últim paràgraf), i, per a altres supòsits, que no sigui pròpiament una adquisició o que es destini a l'arrendament, art. 3.3.a) i 3.3.b). Destacar, també, el supòsit de línies de finançament especial, art. 3.3.c), sempre que es destini «a un públic restringit, en virtut d'una disposició legal amb un objectiu d'interès general» —v. gr. per a adquisició d'habitatges protegits, de règim especial—, això sí, subordinat —doncs pot donar-se el cas que les oscil·lacions del mercat deixin en pitjor situació aquests col·lectius d'interès general— a que siguin préstecs «lliures d'interessos o a un tipus d'interès inferior al proposat habitualment al mercat o en condicions que siguin més favorables per al consumidor que les habituals



en el mercat i a un tipus d'interès no superior al proposat habitualment al mercat»; cap entendre que per requerir d'una disposició legal a l'efecte ja es compliran aquests conceptes jurídics indeterminats. Però, per si de cas, i per garantir l'adequada informació i el consentiment informat, art. 3.5, els estats membres «s'asseguraran de l'aplicació de disposicions alternatives adequades per garantir que els consumidors rebin en la fase pre-contractual informació oportuna sobre les principals característiques, riscos i costos d'aquests contractes de crèdit i que la publicitat que se'n faci sigui lleial i clara i no resulti enganyosa»; ens podem preguntar si no seria més senzill recórrer a les regles generals, però amb indicació expressa dels beneficis que es gaudeixen, no acabin amb la mandra legislativa més desprotegits que els subjectes al règim general.

c) **Per raó del bé finançat**, tant pot ser l'immoble com un dret relatiu a un bé immoble, art. 3.1.a) (vid. art. 107 LH i, no obstant això, la limitació que per a certs drets estableix l'art. 4 LMH).

Cal tenir present el Cons. 18 quan limita l'aplicació d'aquesta Directiva o la que haurà de modificar-se de crèdit al consum, Directiva 2008/48/CE, que serà «un crèdit no garantit que tingui per finalitat la

renovació d'un bé immoble d'ús residencial» per import superior als 75.000 euros —en concret, es fa la modificació a l'art. 46.

III. DEFINICIONS I MODALITATS DE CONTRACTES DE CRÈDIT: CONTRACTES VINCULATS I COMBINATS

Les definicions o els conceptes bàsics del contracte de crèdit es donen a l'art. 4, com p. ex. *consumidor* —que res impedeix que s'estengui també a les persones jurídiques—, *prestador*, *contracte de crèdit* —que engloba no només el préstec, sinó també la concessió o promesa de concessió (no ha de ser contracte real) de crèdit «en forma de pagament ajornat, préstec o una altra facilitat de pagament similar»—, *entitat no creditícia*, *import total del crèdit*, *cost total del crèdit per al consumidor*, o les més noves —respecte del crèdit al consum— *préstec pont* —o «solució de finançament temporal durant el període de transició a una altra modalitat de finançament per al bé immoble»—, *compromís o garantia contingent* —quan el «capital garantit per l'immoble només pot utilitzar-se en cas de produir-se una o diverses contingències especificades al contracte»—, *contracte de crèdit sobre capital compartit* —és a dir, quan el «capital que s'ha de reembossar està determinat per un percentatge, establert al contracte, del valor del bé immoble en el moment del reembossament o dels reembossaments de capital».

També es refereix al *préstec denominat en moneda estrangera*, posteriorment regulat a l'art. 23, l'exigència essencial del qual és que els estats membres hauran d'assegurar-se que en el moment de la celebració existeix un marc reglamentari que garanteixi «com a mínim»: la conversió —al tipus de canvi en el moment de la sol·licitud de conversió— del préstec a «una moneda alternativa en condicions especificades», moneda alternativa que no podrà ser qualsevol, sinó aquella en què «percebi la major part dels ingressos o tingui la majoria dels actius amb els que ha de reembossar el crèdit» en el moment de l'avaluació de solvència més recent, o també la moneda de l'estat membre en el qual resideixi en celebrar el contracte, o, alternativament a aquestes dues opcions —que poden ser limitades per l'estat membre, podent-se'n triar només una—, «que s'hagin implantat altres disposicions que limitin el risc de tipus de canvi al qual està exposat el consumidor en virtut del contracte de crèdit». A més, durant la durada del contracte, el prestador —i els estats membres s'hauran d'assegurar que es fa així— l'haurà d'advertir regularment i «com a mínim» quan el valor de l'import del préstec o de les quotes «difereixi en més del 20%» i, a més, hauran d'informar-lo del «dret de conversió en una moneda alternativa i les condicions per a fer-ho, i s'explicarà qualsevol altre mecanisme aplicable per limitar el risc de tipus de canvi a què estigui exposat el consumidor» —sembla obvi que qualsevol possible assegurança o similar hauria de deixar clars els costos, beneficis o perjudicis evitables. El que limita és el possible efecte retroactiu (art. 23.5) de possibles noves regulacions. Amb informació adequada a la FEIN, singularment, si no es limita el risc de fluctuació a un canvi inferior al 20%, s'haurà d'incloure en aquesta FEIN «un exemple il·lustratiu dels efectes que tindria una fluctuació del tipus de canvi del 20%», sense que hagi d'estendre's la menció d'«un exemple il·lustratiu» com un de sol, doncs poden contemplar-se diverses opcions.

És innovador que es reguli, juntament amb **les vendes vinculades**, les anomenades **vendes combinades**, art. 4, 26) i 27) i Cons. 24 i 25; així, serà vinculada quan no s'ofereixi al consumidor «per separat» el contracte de crèdit dels altres «productes o serveis financers diferenciats»; aquestes vendes hauran d'estar prohibides pels estats membres, art. 12.1.

Malgrat la taxativa prohibició, com a excepció i amb les finalitats concretes que s'indiquen, es podrà admetre que «els pres-





tadors puguin demanar al consumidor», a un membre de la seva família o a un parent proper, que obri o mantingui un compte de pagament o d'estalvi, per reembossar el crèdit i els interessos o per oferir una seguretat addicional; un producte d'inversió o producte de pensió privada, però sempre que «ofereixi fonamentalment a l'inversor uns ingressos després de la jubilació» i serveixi, alhora, per a «seguretat addicional al prestador en cas d'impagament o acumular capital per efectuar reembossaments del crèdit», i, finalment, «un contracte de crèdit per separat en relació amb un contracte de crèdit per a una propietat compartida amb la finalitat d'obtenir el crèdit». Per raons d'avantatges econòmics clars, art. 12.3, també es podran admetre les operacions vinculades, pròpiament dites, en no oferir-se per separat, quan pot demostrar-se a l'autoritat competent —regulada a l'art. 5 de la pròpia Directiva— que «ocasionen un clar benefici als consumidors»; això últim únicament s'aplicarà als productes que es comercialitzin «a partir del 20 de març de 2014».

El prestador haurà d'advertir regularment i «com a mínim» quan el valor de l'import del préstec o de les quotes «difereixi en més del 20%»

Les excepcions, per ser-ho, hauran d'interpretar-se restrictivament i sempre d'acord amb la seva clara finalitat, doncs estan prohibides les operacions vinculades, únicament, i amb clara justificació, art. 12.4, es permet que es pugui exigir «una pòlissa d'assegurances pertinent en relació amb el contracte de crèdit», però, això sí, haurà d'acceptar-se la pòlissa d'assegurances d'un proveïdor aliè, si ofereix «un nivell de garanties equivalent».

Regla contrària és la que regeix per a les operacions combinades, que estan admeses, art. 12.1, primer incís, atès que impliquen que s'ofereixen per separat, «encara que no necessàriament en els mateixos termes i condicions que combinades amb altres serveis auxiliars».

IV. FASE PRECONTRACTUAL

En aquesta Directiva 2014/17/UE, es veu clar que el més important és el contracte de crèdit —en qualsevol modalitat— i, per tant, allò accessori, la garantia hipotecària, com, d'altra banda, ocorre al

nostre Dret positiu vigent, encara que tampoc es pot desconèixer, no obstant la remissió de l'art. 1 al crèdit al consum, la diferent finalitat —aquí no és l'adquisició de béns de consum— i l'existència de la garantia hipotecària, que desplega el seu efecte fonamental, el de realització de valor —art. 130 LH, tot i que també està la fase de seguretat contemplada en l'LH, art. 12, ambdós modificats, no necessàriament a millor, en barrejar transcripció amb inscripció i aprofundir només en allò judicial per la Llei 41/2007—, cas d'impagament del crèdit o operació garantida, si bé en la nova Directiva, art. 28, queda clar que el legislador intern s'haurà d'esforçar a cercar solucions prèvies a l'execució, esdevenint aquesta un remei últim i inevitable.

Per ser el contracte de crèdit el més important, també és la fase precontractual la més transcendental i, encara que certament no serà tres dies abans, menys encara en el moment de l'autorització de l'escriptura, tot i que també, sinó just en iniciar-se la negociació quan el consumidor hauria de tenir dret a designar ja ell, en el seu dret d'elecció, el Notari —tot això encaixa perfectament dins del servei d'assessorament, art. 22, doncs no és fàcil ser part i assessor de l'altra part, ni que sigui pel conflicte d'interessos que inevitablement hi ha al darrere—, no sobraria que en aquesta fase precontractual constés de forma clara i destacada que se l'informa d'aquest dret i que l'exercita.

Juntament amb la llibertat d'elecció del Notari, que ja en el moment inicial hauria de garantir-se, existeix una altra sèrie de cauteles de protecció del consumidor que sí contempla expressament la Directiva, com les següents:

- a) **Publicitat enganyosa o deslleial**, art. 10, sense perjudici de la Directiva 2005/29/CE, relativa a la publicitat enganyosa, exigeix que «les comunicacions publicitàries i comercials sobre els contractes de crèdit siguin lleials i clares i no resultin enganyoses». S'ha de **prohibir** «qualsevol redacció» que creï «falses expectatives sobre la disponibilitat [com ara certes modalitats de crèdit per la pròpia naturalesa davant el préstec en sentit estricte, per la naturalesa real] o el cost d'un crèdit».
- b) **Informació bàsica que haurà de figurar a la publicitat**, art. 11, encara que els estats membres podran obviar-ho quan es requereixi la indicació de la

TAE, fora d'això i a la manera del crèdit al consum, art. 11, primer paràgraf, sempre que s'indiqui *un tipus d'interès* o qualsevol *xifres relacionades amb el cost del crèdit*, ha d'incloure la *informació bàsica* que enumera el propi art. 11.2 i que, en l'aspecte econòmic, destaca que hagi de constar si es fix o variable el tipus d'interès o una combinació, v. gr. per terminis, com ara els cinc primers anys, import total del crèdit, TAE, durada del contracte i l'import dels pagaments a termini, etc., juntament amb un exemple representatiu i l'advertència expressa, si procedeix, de les possibles fluctuacions, així com «una advertència concisa i proporcionada sobre els riscos específics lligats als contractes de crèdit».

- c) **Informació gratuïta**, art. 8 —que haurà de ser sense cap cost—, i **la informació precontractual**, art. 14, que ha de ser:
 - **Sense demora**, des que el consumidor hagi aportat tota la informació necessària, situació financera i preferència d'entre els productes oferts. Destaca l'art. 20.3 que exigeix que sigui *proporcionada i limitada* per a l'adequada avaluació de la solvència del consumidor; ho tracta especialment l'art. 18.
 - **Amb prou antelació** a que quedi vinculat, per qualsevol contracte (no necessàriament el de crèdit) o oferta de crèdit.
 - **La informació personalitzada** serà necessàriament a través del **FEIN** (el contingut i format es regula a l'Annex II que acompanya la Directiva).
- d) **L'oferta vinculant** no requereix del FEIN si ja abans s'ha lliurat i no difereix.
- e) **Diferència entre període de reflexió i dret de desistiment** (Cons. 46): *set dies* —com a mínim— *per comparar ofertes*, i poden diferenciar-se o ser una combinació d'ambdós; el més rellevant és que la reflexió pot arribar a impedir l'acceptació o signar abans que transcorri el període de deu dies, i l'oferta, durant aquest termini, és vinculant.
- f) **Projecte de contracte —juntament amb l'oferta vinculant—**, que haurà d'existir quan no hi hagi dret de desistiment, que únicament pot existir després de la signatura del contracte.



g) Explicacions adequades, art. 16, que inclouran la informació precontractual, les característiques principals, els efectes específics i les conseqüències en cas d'impagament i els serveis accessoris, i si poden «rescindir-se» per separat.

h) La TAE i el seu càlcul (Annex I) es concreten a l'art. 17 —amb explicacions al Cons. 53, singularment, en la fase precontractual—; el més important és si la revisió o el tipus fix romanen o no durant els cinc primers anys.

i) La taxació, art. 19, requereix *taxadores prou independents i normes fiables* —per a la qual cosa exigeix, Cons. 26, l'adequació a les normes de taxació reconegudes internacionalment, com ara les elaborades pel Comitè Internacional de Normes de Valoració, el Grup Europeu d'Associacions de Taxadors o la Royal Institution of Chartered Surveyors, juntament amb l'«adequada competència i diligència professionals i que els taxadors compleixin determinats requisits de qualificació i mantinguin a efectes de garantia una documentació de taxació adequada que sigui detallada i plausible».

j) Préstecs en moneda estrangera o divises, art. 23: exigeix un marc reglamentari que garanteixi la conversió del préstec —a una **moneda alternativa** en la qual rebi els ingressos o sigui l'oficial de l'estat membre, havent de concretar-se si pot acollir-se a totes dues o a una de les alternatives— i, a més, limitació del tipus de risc.

k) Crèdit a tipus variable, art. 24: l'índex ha de ser «clar, accessible, objectiu i verificable per les parts en el contracte de crèdit i per les autoritats competents»; ho serien, en principi, tots els índex oficials. Han de conservar-se registres històrics d'aquests índexs. L'art. 27 exigeix que es comuniqui al consumidor i que, a més, se li indiqui el nou import dels pagaments.

l) Reembossament anticipat, art. 25, que ha de garantir-se i, a més, comporta que:

- i) Ha d'implicar una reducció del cost total del crèdit, «que comprendrà els interessos i costos corresponents al temps de contracte que quedi per transcórrer».
- ii) Que poden fixar-se *límits temporals* i diferència de tracte; així, si són o no durant els cinc primers anys; segons sigui *fix o variable* el tipus

d'interès; en funció del moment o restricció de les circumstàncies.

- iii) Que se li indiquin al consumidor clarament les opcions, o sigui, reduir termini, quota o mixt.

Menció especial mereix el Cons. 66, que admet que siguin tant disposicions legals com clàusules contractuals les que vetllin pel dret del consumidor al reembossament anticipat i que cita com a supòsits d'interès legítim per amortitzar anticipadament el divorci o l'atur.

I, com a criteris per establir la compensació, que sigui «*justificada de manera justa i objectiva pels possibles costos directament derivats del reembossament anticipat* [juntament amb el fet que la compensació] *no ha de ser superior a la pèrdua financera que pateixi el prestador*».

m) Obligació d'avaluar la solvència del deutor, art. 18, encara que sembla una obvietat que la diligència de tot bon banquer ho faci, com una exigència del seu *lex artis ad hoc*, li dedica una extensa regulació i, a més, precisa, art. 18.4, que llevat que hi hagi ocultació o falsificació conscient del consumidor, els estats membres vetllaran perquè el «*prestador no anul·li o modifiqui ulteriorment aquest contracte en detriment del consumidor, pel fet que l'avaluació de la solvència no s'hagi efectuat correctament*».

No tracta la Directiva amb l'extensió que mereixeria, sobretot quan a això es refereix al Cons. 3, la matèria **dels préstecs responsables**, encara que els situa en paràmetres com que es poden utilitzar les relacions «*coeficients préstec-valor de l'actiu*» —v. gr. 80%, que en l'LMH vigent no existeix per a la concessió—, «*préstec-ingressos*» o «*deute-ingressos i coeficients similars, uns nivells mínims per sota dels quals no es considerarà acceptable cap crèdit*». Fiant-lo bàsicament, art. 45, a un informe exhaustiu d'avaluació a presentar abans d'un lustre —és a dir, «*com a molt tard, el 21 de març de 2019*»— i al fet que, Cons. 83, «*l'obligació dels prestataris d'actuar de manera responsable es transposi per mitjà del Dret civil o del Dret penal*» —sí, heu llegit bé: prestataris i Dret penal.

V. MORA I EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA

Els principis que la inspiren, art. 28 i Cons. 27, són els següents:

— **Tolerància** abans d'iniciar un procediment d'execució (la qüestió està en si haurien de ser suficients les tres quotes impagades o si hauria d'oferir-se una negociació que exclogui l'execució).

— **Admissió dels recàrrecs**, com l'**interès de demora**, però no podran excedir «*el necessari per compensar al prestador els costos derivats de l'impagament*». I com a opció dels estats membres, amb una terminologia «eurocomunitària», es diu que «*podran exigir [...] si es permet [...] imposar recàrrecs*», i, si n'hi ha (*interessos de demora* o una altra nova forma de compensar la mora), en cas d'impagament, és imperatiu que «*no excedeixin el necessari per compensar al prestador els costos derivats de l'impagament*» (és a dir, se li haurà de seguir retribuïnt el capital prestat, encara que ja no es pagui l'interès remuneratiu en estar absorbit en l'interès moratori, i les provisions exigides per l'autoritat monetària per la situació de «fallit» del préstec, que li estan impedit invertir aquest capital aprovisionat, encara que pel «*no excedeixin*» crec que ha de limitar-se a l'interès contractual negatiu).

— **Els estats membres no han d'impedir** que les parts «*puguin acordar expressament que la transferència de la garantia [cessió del crèdit o préstec hipotecari] o ingressos derivats de la venda de la garantia [l'immoble hipotecat] al prestador [dació en pagament, que apareix clarament com una modalitat de novació extintiva, i no tant com una datio in solutum, atès que no és infreqüent que encara subsisteixi part del deute] siguin suficients per reembossar el crèdit*». Tampoc pot desconèixer-se que, juntament amb l'aspecte civil, que ofereix pocs dubtes i modificacions innecessàries, doncs ja s'estan efectuant, sí que serà diferent, i això també pot entorpir o fer desistir de la dació en pagament, l'aspecte fiscal, no ja en l'IRPF, sinó en la «plusvàlua municipal» o en l'ITP; l'aspecte registral, problema d'alliberament de càrregues, i, per descomptat, les previsions que exigeixin les autoritats bancàries sobre provisions per la situació de «fallit» del préstec.

— **Dotar-se de procediments o mesures** (podrien ser el pacte comissori o apoderaments irrevocables per a venda a tercers, això sí, prèvia taxació actualitzada per un tercer independent) que permetin obtenir «*el millor preu per la propietat objecte de l'execució hipotecària*».

Sentències del Tribunal Suprem

Datades del desembre de 2013 al març de 2014

ACCIÓ D'ATERMENAMENT

Requisits per a la constitució gratuïta d'un dret real de gaudi sobre una finca que en legítimi l'ocupació

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 773/2013, de 10 de desembre (Ponent: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 214152/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar les accions d'atermenament i reivindicatòria exercitades per la demandant i van acordar realitzar exclusivament un pronunciament declaratiu de la propietat d'aquella sobre la superfície reivindicada ocupada per l'Ajuntament demandat. El Tribunal Suprem desestima el recurs extraordinari per infracció processal interposat per la demandant, però n'estima el recurs de cassació, cassa la sentència recorreguda i estima substancialment la demanda.

Estimació de l'acció d'atermenament. Desaparició de l'element físic de separació entre les finques dels litigants. Estimació de l'acció reivindicatòria. Manca de títol que legítimi la possessió de la finca per l'Ajuntament demandat. Incompliment dels requisits per a la constitució gratuïta d'un dret real de gaudi que legítimi l'ocupació de la finca. És necessari que hagi estat constituït de manera precisa i categòrica, amb facultats precises sobre la finca gravada, durada determinada, i mitjançant escriptura pública en ser la constitució gratuïta. Recurs extraordinari per infracció processal. Congruència. Ajustament de la sentència desestimàtòria als arguments de defensa. Violació. Inexistència per no reunir els requisits de claredat i incondicionalitat exigits. Càrrega de la prova. Eficàcia limitada dels criteris de flexibilitat i disponibilitat. Motivació de la sentència. Abast.

ALIMENTS

Abonament de la pensió d'aliments fixada en procés de divorci des de la data de presentació de la demanda

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 746/2013, de 4 de desembre (Ponent: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 196414/2013

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació per a la unificació de doctrina formulat pel Ministeri Fiscal contra sentència de l'AP Alacant sobre divorci, i la cassa i anul·la per establir que la pensió d'aliments fixada a favor de les filles comunes ha de ser abonada des del moment de la interposició de la demanda.

Meritació de la pensió d'aliments a favor dels fills fixada en procés de divorci des del moment de la interposició de la demanda i no des de la data de la sentència. Aplicació de l'art. 148.1 CC.

ARRENDAMENTS URBANS

Improcedència de la moderació judicial de la indemnització pactada per al cas que l'arrendatària resolgués unilateralment el contracte

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 779/2013, de 10 de desembre (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 209361/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar íntegrament la demanda de reclamació d'indemnització formulada



Sentències

per l'arrendadora per la resolució anticipada del contracte per part de l'arrendatària. L'AP Burgos va revocar en part la sentència del Jutjat i va estimar la demanda només parcialment. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació formulat per la demandant, cassa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Arrendament de local de negoci. Termini de 20 anys obligatori per a l'arrendadora i potestatiu per a l'arrendatària, que podia resoldre el contracte en qualsevol moment, tot i que si la resolució es produïa en el termini de 5 anys des que va entrar en vigor, com va ocórrer, estava obligada a abonar l'import de les rendes que faltessin per meritjar fins a completar el termini esmentat. Improcedència de la moderació judicial de la indemnització en aplicació de l'art. 1154 CC en no existir al contracte cap clàusula penal. No té sentit la possible moderació per incompliment parcial perquè no n'hi ha cap: l'obligació de l'arrendatària no ha estat «completa en part o irregularment», sinó que ha estat observada conforme a allò pactat, *pacta sunt servanda*, és a dir, d'acord amb la *lex contractus*.

ARRENDAMENT D'OBRA

Criteris d'imposició de les costes del tercer cridat al procés a instància d'un demandat, quan no s'arribi a ampliar la demanda davant d'aquest tercer

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 790/2013, de 27 de desembre (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 240807/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar les accions de responsabilitat per vicis de la construcció i d'incompliment de contracte d'obra en acollir l'excepció de falta de legitimació activa. L'AP Tarragona va revocar la sentència del Jutjat i va estimar parcialment la demanda. El Tribunal Suprem cassa la sentència d'apel·lació i, en síntesi, absol els dos arquitectes demandats confirmant la condemna de les dues empreses contractistes codemandades.

Defectes constructius. Acumulació de dues classes d'accions: unes basades en la responsabilitat dels agents que intervenen en el procés de l'edificació (art. 17 LOE) i d'altres en l'incompliment contractual (arts. 1101 i seg. CC). Legitimació activa del demandant per a l'exercici de l'acció ex art. 17 LOE en condició d'arrendatari financer promotor de l'obra. La responsabilitat basada en l'art. 17 LOE ha de desestimar-se perquè, respecte d'uns defectes constructius, havia prescrit l'acció i, respecte d'altres, havien aparegut un cop extingit el termini de garantia. Sí procedeix, en canvi, la responsabilitat per incompliment contractual encara que només respecte de les empreses contractistes vinculades contractualment amb la demandant, no respecte dels arquitectes amb els que no tenia cap vincle contractual. Costes processals: criteris d'imposició de les costes del tercer cridat a instància d'un demandat, quan no s'arribi a ampliar la demanda davant d'aquest tercer. Recurs extraordinari per infracció processal: requisits perquè la inadmissió de documents com a mitjans de prova a la instància pugui justificar la nul·litat de la sentència.

COMPRAVENDA D'HABITATGES EN CONSTRUCCIÓ

Inexistència d'incompliment imputable a la venedora demandada justificativa de la resolució instada

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 788/2013, de 27 de desembre (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 226499/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció de resolució dels contractes de compravenda exercitada pels compradors demandants i el Tribunal Suprem va declarar no procedents els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats.

Resolució. Desestimació de l'acció resolutori. Inexistència d'incompliment imputable a la venedora demandada justificativa de la resolució instada. No pot revisar-se en cassació la valoració probatòria realitzada en la instància i s'han de respectar els fets declarats provats. No tots els incompliments tenen força resolutori. Han de ser essencials. Els contractants no van atribuir a la manca de cancel·lació de l'afectació urbanística el caràcter d'incompliment resolutori. La major part de les obres d'urbanització havien acabat. No va haver-hi retard en la finalització de la construcció. Recurs extraordinari per infracció processal. Està suficientment motivada la decisió de la sentència d'apel·lació de no modificar la condemna al pagament de les costes meritades en primera instància malgrat no imposar les de l'apel·lació.

CONTRACTE DE MANDAT

Apropiació per part dels mandataris de part del preu rebut per la venda d'accions dels mandants en la societat Urbanor

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 537/2013, de 14 de gener (Ponent: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 1/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment l'acció de reclamació d'indemnització de danys i perjudicis per incompliment de contracte de mandat. El Tribunal Suprem estima en part el recurs de cassació dels demandants en el sentit de modificar la data de meritació dels interessos compensatoris imposats als demandats sobre la quantitat principal objecte de condemna.

Per a la venda de les accions dels mandants en un determinada societat (URBANOR). Dol dels mandataris. Ocultació de les condicions concretes de la venda amb apropiació d'una part del preu. Reclamació d'indemnització de danys i perjudicis per part dels mandants en concepte de lucre cessant. Estimació parcial de la demanda. Principi de bona fe contractual aplicable a la relació negocial complexa. Vulneració per part dels mandataris de la base del negoci que va informar el contracte de mandat, és a dir, ser participants del major preu de venda que pogués resultar de l'operació, amb independència de la instrumentalització negocial derivada de l'execució. Condemna al pagament de la quantitat reclamada com a principal més els interessos compensatoris des de la data de celebració del contracte de compravenda. Prescripció de l'acció. Improcedència. Càlcul del termini d'exercici de l'acció des que els perjudicats van conèixer la lesió del seu dret. Al·legacions complementàries. Sol·licitud de responsabilitat contractual per la



part actora en l'audiència prèvia, quan en la demanda es va exercir una acció civil *ex delicto*. Inexistència d'alteració de la causa de demanar. Els fets que composaven el supòsit de la pretensió civil *ex delicto* incloïen la responsabilitat contractual. Prova. Valoració per part del tribunal civil dels fets declarats provats en una sentència penal absolutòria prèvia, extraient les conclusions pertinents d'aquella operació.

CONTRACTE DE PERMUTA FINANCERA

El Tribunal Suprem confirma la nul·litat d'un contracte de swap d'inflació per vici en el consentiment del client, al qual l'entitat financera no va informar degudament

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 840/2013, de 20 de gener (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 3315/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de nul·litat d'un contracte de permuta financera d'inflació. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació formulat per l'entitat financera demandada.

Nul·litat del contracte per error en el consentiment per manca d'informació sobre el risc de l'operació. Abast del deure d'informació de les entitats financeres. Transposició al nostre ordenament de «les normes de conducta per a la prestació de serveis d'inversió a clients» de la denominada Directiva MiFID (Directiva 2004/39/CE relativa als mercats d'instruments financers). Obligació de realitzar als clients un test de conveniència quan no es presten serveis d'assessorament, o un test d'idoneïtat quan es presten aquests serveis. L'omissió del test porta a presumir en el client la manca del coneixement suficient sobre el producte contractat i els riscos associats que vicia el consentiment.

COOPERATIVES

Caducitat de l'acció d'impugnació de l'acord d'exclusió de diversos socis per impagament de multa: no era necessari esperar que es declarés la validesa de l'acord referit a la multa

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 60/2014, de 24 de febrer (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 17633/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar l'acció d'impugnació de l'acord d'exclusió de diversos cooperativistes per impagament de la multa que se'ls havia imposat. El Tribunal Suprem cassa la sentència recorreguda i desestima la demanda per caducitat de l'acció.

Impugnació de l'acord d'exclusió de diversos socis per impagament de la multa imposada en expedient disciplinari per falta molt greu. Caducitat de l'acció. La pendència d'un altre procés entre les mateixes parts, l'objecte del qual era la validesa de la sanció de multa, no pot considerar-se un impediment a l'exercici del dret. La dependència d'una sanció respecte de l'altra no s'entén absoluta, en la mesura que podria ser declarada la invalidesa de l'exclusió malgrat la validesa de la multa. L'acord d'exclusió hauria d'haver estat impugnat sense necessitat d'esperar que es declarés la validesa del referit a la multa.

DRET A L'HONOR

Vulneració del dret a l'honor per la inclusió indeguda dels demandants en diversos registres d'impagats

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 12/2014, de 22 de gener (Ponent: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 4638/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda sobre intromissió il·legítima en el dret a l'honor. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat pels demandants, cassa la sentència recorreguda i estima la demanda.

Intromissió il·legítima. Inclusió indeguda de les dades personals dels demandants relatives a l'incompliment d'obligacions dineràries en fitxers d'informació sobre solvència patrimonial (registres d'impagats). Desmereixement i descrèdit en la consideració aliena. Aplicació de la normativa sobre protecció de dades de caràcter personal. Principi de qualitat de les dades. Aquestes han de ser exactes, adequades, pertinents i no excessives en relació amb l'àmbit i les finalitats per a les quals s'hagin obtingut i tractat. En concret, els deutes inclosos als fitxers han de ser certs, vençuts i exigibles. Necessitat d'extremar les exigències de qualitat de les dades quan es recullen i tracten sense consentiment de l'afectat i poden vulnerar el dret a l'honor i causar danys morals i patrimonials. Incompliment per part de l'entitat financera demandada de les exigències derivades del principi esmentat. No era exacta, adequada, pertinent ni proporcionada la inclusió als fitxers d'impagats dels demandants (avaladors, junt amb d'altres persones, d'un préstec que va resultar impagat) per la quantitat que l'entitat financera prestadora va estimar per a interessos i costes en el procés d'execució dinerària, després que els coavaladors consignessin el principal pel qual es va despatxar l'execució, per al lliurament a l'executant (com va ocórrer), i la quantitat prevista per a interessos i costes, a resultes de l'oposició que aquests coavaladors van formular a l'execució per no haver-se notificat la quantitat exigible abans de la interposició de la demanda, oposició que finalment va ser estimada. Les actuacions realitzades pels coavaladors solidaris dirigides a l'extinció del deute i al qüestionament judicial de determinades partides que es consideraven indegudes han d'aprofitar als demandants, també avaladors, en virtut dels principis que regeixen la solidaritat passiva (art. 1145 i següents del Codi Civil). A més, el deute que es va comunicar als registres d'impagats no era cert i exigible. Concessió d'una indemnització de 6.000 a cada demandant per danys morals.

Litigi sobre intromissió il·legítima en el dret a l'honor entre dues associacions de consumidors

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 775/2013, de 2 de desembre (Ponent: Francisco Marín Castán) LA LEY 192180/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda sobre intromissió il·legítima en el dret a l'honor. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la demandada, cassa la sentència recorreguda i desestima la demanda.

Inexistència d'intromissió il·legítima. Publicació d'un missatge a la pàgina web de l'associació de consumidors demandada (Adicae) sota el títol d'«Ausbanc. L'Institut Nacional del Consumo exclou a Ausbanc del Registre d'Associacions de Consumidors».



Interès públic de la informació publicada. Veracitat d'aquesta informació. La font i l'origen de la informació van resultar plenament identificats, així com el caràcter fidedigne i, tot i que és cert que l'expulsió d'Ausbanc va restar cautelament en suspens fins que recaigués sentència sobre el fons de l'assumpte, i sobre això no es va informar, no procedeix imposar a l'informador l'obligació de relatar tots els avatars del procediment contenciós-administratiu i entendre que, si no es fa així, s'incompleix el deure de veracitat, doncs aquest s'ha d'entendre com el resultat d'una diligència raonable per part de l'informador per contrastar la notícia d'acord amb pautes professionals ajustant-se a les circumstàncies del cas, encara que la informació, amb el transcurs del temps, pugui ser desmentida o no resultar confirmada o, com ocorre en aquest cas, ampliada. La notícia va ser exposada amb objectivitat, sense dotar-la d'un matís injuriós o desproporcionat.

FILIACIÓ

El Tribunal Suprem denega la inscripció de filiació de dos nens nascuts d'una mare de lloguer

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 835/2013, de 6 de febrer (Ponent: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 2868/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda formulada pel Ministeri Fiscal i van acordar la cancel·lació de la inscripció de naixement de dos nens realitzada al Registre Civil Consular de Los Angeles pel que fa a les mencions de filiació de les quals resultava que eren fills dels demandats. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per aquests.

El Tribunal Suprem confirma les sentències d'instància que van estimar la demanda formulada pel Ministeri Fiscal i van acordar la cancel·lació de la inscripció de naixement de dos nens realitzada al Registre Civil Consular de Los Angeles (Califòrnia) pel que fa a les mencions de filiació de les quals resultava que eren fills dels demandats, dos homes espanyols casats entre si que van contractar una mare de lloguer.

La Sala declara que les normes aplicables a la gestació per substitució o maternitat subrogada, en concret l'art. 10 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida, integren l'ordre públic internacional espanyol. Aquest article estableix la nul·litat de ple dret del contracte de gestació per substitució, i que la filiació dels fills nascuts per gestació per substitució serà determinada pel part. En conseqüència, la decisió de l'autoritat registral de Califòrnia en atribuir la condició de pares al matrimoni que va contractar la gestació per substitució és contrària a l'ordre públic internacional espanyol per resultar incompatible amb la citada norma, reguladora d'aspectes essencials de la filiació i inspirada en els valors constitucionals de dignitat de la persona, respecte a la seva integritat moral i protecció de la infància.

La sentència rebutja l'existència de discriminació per raó de sexe o orientació sexual, doncs la causa de la denegació de la inscripció de la filiació no és que els sol·licitants siguin tots dos homes, sinó que la filiació pretesa porta causa d'una gestació per substitució contractada per ells a Califòrnia.

També rebutja l'al·legació del fet que privar els nascuts de la seva filiació vulnera el principi de l'interès superior del menor.

En aquest sentit, raona que l'aplicació d'aquest principi ha de fer-se per interpretar i aplicar la llei i curullar-ne les llacunes, no per contrariar el que s'hi preveu expressament, i en aquesta aplicació han de tenir-se en compte altres béns jurídics que poden concórrer, com el respecte a la dignitat i integritat moral de la dona gestant, evitar l'exploació de l'estat de necessitat en què poden trobar-se dones joves en situació de pobresa, o impedir la mercantilització de la gestació i de la filiació.

El Tribunal és conscient que la decisió que adopta pot causar inconvenients als menors la filiació dels quals es discuteix. Però considera que la protecció dels menors no pot aconseguir-se acceptant acríticament les conseqüències del contracte de gestació per substitució subscrit pels recurrents, sinó que ha d'atorgar-se partint de les previsions de les lleis i els convenis aplicables a Espanya, i de la jurisprudència que els interpreta i aplica, prenent-ne en consideració la situació actual.

Finalment, insta el Ministeri Fiscal a exercitar les accions pertinents per determinar en la mesura que sigui possible la correcta filiació dels menors i per a la seva protecció, tenint en compte, si escau, l'efectiva integració en un nucli familiar *de facto*.

Reconeixement de la maternitat de l'exmuller de la mare biològica de les nenes

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 740/2013, de 5 de desembre (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 190869/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar l'acció de reclamació de filiació per possessió d'estat. El Tribunal Suprem declara no procedir el recurs de cassació formulat per la demandada, mare biològica de les nenes.

La demandant exercita acció de reclamació de filiació per possessió d'estat respecte de les filles biològiques de la demandada, amb la qual va estar casada, concebudes mitjançant tècniques de reproducció assistida abans de contraure matrimoni i nascudes després del mateix.

Les sentències d'instància van estimar la demanda i el Tribunal Suprem confirma aquest pronunciament.

La Sala, partint de l'actual equiparació absoluta a efectes legals entre les diferents classes de matrimoni, assenyalava que la nova regulació legal d'aquesta institució es va fer sense atendre al règim legal de la filiació, en el qual les accions d'impugnació i reclamació estaven pensades exclusivament per a parelles heterosexuales, i que és l'art. 7 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida, redactat per la disp. adic. 1a de la Llei 3/2007, el que, després de remetre a les lleis civils la filiació dels fills nascuts mitjançant tècniques de reproducció assistida, habilita la dona casada, i no separada legalment o de fet, amb una altra dona, per manifestar davant de l'encarregat del Registre Civil del domicili conjugal, que consent en el fet que quan neixi el fill del seu cònjuge, es determini a favor seu la filiació respecte del nascut. La sentència considera que és suficient que la manifestació es faci abans que neixi el fill, no en el moment de la inseminació, doncs no es diu res ni s'infereix del precepte, i que la filiació no pot restar subordinada a un requisit formal, com el del consentiment davant



de l'encarregat del Registre Civil, un cop que quedi acreditat adequadament el voluntari consentiment per a la tècnica de reproducció assistida i la voluntat concorde de les parts de concebre un fill.

Segons l'Alt Tribunal, la remissió a les lleis civils que efectua l'esmentat art. 7 L 14/2006 possibilita l'exercici de l'acció de reclamació de filiació per possessió d'estat, a l'empara de l'art. 131 CC, que constitueix una causa para atorgar la filiació jurídica, encara que no existeixi el nexa biològic, i reforça el consentiment com a títol d'atribució de la paternitat.

Aquesta possessió d'estat, afirma la Sala, constitueix una qüestió de fet la determinació de la qual correspon al Tribunal d'instància i, en aquest cas, els actes són clars i serveixen com a manifestació complementària d'aquesta possessió d'estat a partir d'una acreditada relació de fet i de dret entre les parts, estant mancat de sentit l'enorme esforç de la mare biològica per impedir que progressi i es consolidi una situació com l'enjudiciada en la qual ha de prevaler l'interès de les nenes i el de la unitat i estabilitat familiar per tal de preservar les vinculacions aconseguides.

FILIACIÓ EXTRAMATRIMONIAL

Reconeixement a una dona homosexual de la condició de mare del fill biològic de la que va ser la seva parella de fet, concebut mitjançant tècniques de reproducció assistida

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 836/2013, de 15 de gener (Ponent: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 11199/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de reclamació de filiació extramatrimonial formulada a l'empara de l'art. 131 CC. L'AP Toledo va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per la demandant, anul·la la sentència d'apel·lació i confirma la de primera instància.

Acció de reclamació de la filiació per possessió d'estat, formulada per la dona que va ser parella de fet de la mare biològica del nen, nascut durant la seva relació de parella mitjançant la tècnica de reproducció assistida. Estimació. La possessió d'estat com a pressupòsit per a la legitimació de l'exercici de l'acció i com a mitjà de prova de la filiació reclamada. Compatibilitat entre la possessió d'estat i els principis de la Llei sobre tècniques de reproducció assistida. Protecció de l'interès superior del menor. Vot particular.

PROCEDIMENT CONCURSAL

Acció directa del subcontractista contra el propietari de l'obra exercitada després de la declaració concursal del contractista

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 62/2014, de 25 de febrer (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 17634/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar l'acció directa de l'art. 1597 CC exercitada pel subcontractista contra el propietari de l'obra després de la declaració concursal del contractista. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la part demandada, cassa la sentència recorreguda i desestima la demanda.

Acció directa de l'art. 1597 CC exercitada pel subcontractista contra el propietari de l'obra reclamant-li la quantitat que li devia el contractista, declarat en concurs de creditors. Desestimació. En el moment d'exercitar-se l'acció, el crèdit del contractista respecte del propietari de l'obra havia estat cedit a un banc, en virtut d'un contracte de *factoring* sense recurs. L'efecte de la cessió de crèdits abans del concurs de la cedent és que aquests crèdits cedits no han de formar part de la massa activa del concurs. Per tant, quan es va exercitar l'acció, el contractista ja no tenia crèdit davant el propietari de l'obra, per la qual cosa faltaria un dels requisits essencials de l'art. 1597 CC.

PROPIETAT HORIZONTAL

No és necessària la unanimitat per a l'aprovació d'un acord que suposa tornar al que es disposa al títol constitutiu pel que fa a la distribució de despeses comunes

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 50/2014, de 6 de febrer (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 3944/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció d'impugnació d'un acord comunitari sobre distribució de despeses comunes. L'AP Navarra va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per la comunitat de propietaris demandada, anul·la la sentència d'apel·lació i confirma la de primera instància.

Impugnació de l'acord comunitari pel qual es va aprovar tornar al que es disposa al títol constitutiu pel que fa a la distribució de despeses comunes. Desestimació de la demanda. Inexistència d'actes propis vinculants per a la comunitat de propietaris. Encara que de forma tàcita la comunitat va acceptar durant anys un sistema de contribució a les despeses diferent del previst al títol constitutiu, l'acord impugnat suposa tornar al que es disposa al títol constitutiu, que no ha estat modificat, pel que fa a la distribució de les despeses, per la qual cosa no és necessària la unanimitat de tots els copropietaris per a adoptar-lo.

FALLIDA

Termini d'exercici de l'acció de nul·litat d'actes del fallit realitzats dins del període de retroacció d'efectes

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 754/2013, de 12 de desembre (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 214160/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció rescissòria de determinats pagaments realitzats per l'entitat fallida en el període de retroacció d'efectes. L'AP Múrcia va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació formulat per la demandada, cassa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Acció d'ineficàcia d'actes realitzats en el període de retroacció. Desestimació. Aplicació de la normativa anterior a la Llei concursal en ser declarada la fallida abans de l'entrada en vigor d'aquesta Llei, encara que la demanda es presentés després, sense perjudici que, d'acord amb la disp. adic. primera de l'esmentada Llei, les normes de la retroacció hagin d'interpretar-se de conformitat amb l'esperit i la finalitat de la regulació del concurs de creditors.



Sentències

Interpretació de l'abast de la ineficàcia prevista a l'art. 878.2 CCom respecte dels actes del deutor fallit realitzats durant el període de retroacció. Es tracta d'una rescissió fonamentada en el perjudici per a la massa activa. No està subjecta a un termini de caducitat especial, en la mesura que es tracta d'una acció que neix amb la fallida i s'extingeix la possibilitat d'exercitar-la amb la conclusió de la fallida. No procedeix justificar la improcedència d'un pagament degut realitzat en el període sospitós basant-se en la injustificació del reconeixement de deute previ del qual porta causa el pagament, si no s'impugna també aquest reconeixement de deute.

SEPARACIÓ DE BÉNS

Separació de béns: la dedicació del sou de l'espòs a l'aixecament de les càrregues familiars no exclou la compensació econòmica a favor de l'esposa que va contribuir a les càrregues del matrimoni amb treball domèstic

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 16/2014, de 31 de gener (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 6265/2014

ITER PROCESSAL: Seguit procés de divorci, el Jutjat de Primera Instància va estimar parcialment la demanda i, entre altres mesures, va concedir a l'esposa una compensació de 21.097 € a l'empara del que es preveu a l'art. 1438 CC. L'AP Valladolid va revocar aquest pronunciament. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació per interès cassacional formulat per l'esposa.

Compensació econòmica de l'art. 1438 CC. La dedicació del sou de l'espòs a l'aixecament de les càrregues familiars no exclou la compensació econòmica a favor de l'esposa que va contribuir a les càrregues del matrimoni amb treball domèstic. No obstant això, en aquest cas, no pot concedir-se la pensió perquè no ha quedat provada una dedicació essencial o significativa de l'esposa a les tasques familiars.

SOCIETAT ANÒNIMA

El coneixement de la situació de crisi econòmica de la societat pel creditor en el moment de generar-se el seu crèdit no el priva de legitimació per exercitar l'acció de responsabilitat dels administradors per deutes socials

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 733/2013, de 4 de desembre (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 235214/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil va desestimar la demanda en la qual es reclamava a la societat demandada l'import d'un préstec i van exercitar contra els seus administradors l'acció individual de responsabilitat i l'acció de responsabilitat per deutes. L'AP Las Palmas de Gran Canària va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda formulada contra la societat i l'acció de responsabilitat per deutes, sense resoldre sobre la procedència de l'acció individual de responsabilitat. El Tribunal Suprem desestima els recursos de cassació interposats per 6 dels administradors demandats i el recurs extraordinari per infracció processal interposat pels demandants.

Responsabilitat dels administradors pels deutes socials en cas d'incompliment de l'obligació de promoure la dissolució de la so-

cietat. Configuració legal de l'acció de responsabilitat i abast de la mateixa. El mer coneixement d'una situació de crisi econòmica i insolvència de la societat deutora no deslegitima el creditor que la coneixia per exercitar l'acció de responsabilitat. Incongruència omissiva. Quan s'exercita l'acció de responsabilitat per deutes i l'acció individual de responsabilitat i es pretén la mateixa petició de condemna dels administradors respecte del pagament de determinats crèdits que els demandants tenen contra la societat, aquesta pretensió es compleix amb l'estimació d'una de les accions. Per aquesta raó, quan es deixa sense resoldre l'altra no existeix pròpiament incongruència omissiva. Vot particular.

SOCIETAT ANÒNIMA ESPORTIVA

Nul·litat de dos acords d'ampliació de capital del Club Atlético de Madrid

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 697/2013, de 15 de gener (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 848/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció d'impugnació de dos acords socials d'ampliació de capital. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va declarar la nul·litat dels acords impugnats. El Tribunal Suprem estima el recurs extraordinari per infracció processal interposat per la part demandada i, assumint la instància, estima el recurs d'apel·lació interposat pels demandants declarant la nul·litat dels acords impugnats.

Societat anònima esportiva: Club Atlético de Madrid. Nul·litat de dos acords d'ampliació de capital per un defecte de Constitució de la junta, doncs es van tenir en compte per al còmput del quòrum accions que no estaven realment desembossades. Prova o test de resistència. Encara que es descomptessin les accions desembossades en frau de llei, els socis que van comparèixer a la junta no arribaven al 50% del capital social necessari per a constituir-la de forma vàlida. Eficàcia legitimadora del llibre registre d'accions nominatives. Està supeditada al control judicial i pot realitzar-se no només a priori, amb anterioritat a la celebració de la junta d'accionistes, sinó també a posteriori, amb ocasió de la impugnació dels acords socials, amb caràcter prejudicial.

SOCIETAT DE RESPONSABILITAT LIMITADA

Nul·litat d'acords socials per manca de prova dels termes del poder conferit per un dels socis a qui va comparèixer a la junta com a representant seu

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 58/2013, de 12 de febrer (Ponent: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 14533/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil va estimar l'acció d'impugnació d'acords socials. L'AP la Corunya va revocar la sentència del Jutjat i només va estimar la demanda respecte d'un dels acords impugnats. El Tribunal Suprem estima el recurs extraordinari per infracció processal interposat per les demandants, anul·la la sentència recorreguda i dicta una nova sentència per la qual desestima el recurs d'apel·lació promogut per l'entitat demandada contra la sentència del Jutjat.



Impugnació d'acords socials per infracció de les normes que regeixen l'assistència de socis a junta general mitjançant apoderat. Estimació de la demanda. Impugnada per les demandants la suficiència de l'apoderament en constituir-se la junta, la manca de documentació, per part de la mesa de la junta, dels termes del poder titllat d'insuficient perjudica la societat demandada per aplicació del principi de facilitat probatòria.

USUCAPIÓ “CONTRA TABULAS”

El Tribunal Suprem considera derogat l'art. 1949 del Codi Civil per l'art. 36 de la Llei hipotecària que regula els diferents supòsits d'usucapió “contra tabulas”

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 841/2013, de 21 de gener (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LEY 1765/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar tant la demanda de nul·litat de la compravenda de determinades plantes d'un edifici com la reconvenió formulada pels compradors sol·licitant, amb caràcter principal, la nul·litat de la venda d'aquest edifici a la demandant reconvinguda i, subsidiàriament, que se'ls declarés propietaris d'aquestes plantes en haver-les adquirit mitjançant usucapió. El Tribunal Suprem declara que no procedeix el recurs de cassació interposat pels reconvinents.

Els recurrents en cassació havien formulat demanda reconvenional sol·licitant que se'ls declarés propietaris de determinades plantes d'un edifici en haver-les adquirit mitjançant usucapió.

Les sentències d'instància van desestimar aquesta pretensió. En concret, l'Audiència Provincial va raonar que no es podia admetre aquesta manera d'adquirir en aquest cas perquè es pretenia, per aquells que diuen ser posseïdors sense títol inscrit, una usucapió “contra tabulas” exercitada en perjudici del titular registral de la finca que ostenta la condició de tercer hipotecari, i aquestes circumstàncies fan immune el tercer hipotecari davant de l'usucapió ordinària pretesa doncs, segons l'art. 1949 CC, és necessari que l'usucapiant tingui títol inscrit a favor seu, començant a comptar el període de prescripció des de la inscripció d'aquest títol.

El Tribunal Suprem considera que no es pot mantenir l'argumentació de la sentència recorreguda i raona sobre la vigència de l'art. 1949 CC.

Per a la Sala, la redacció de l'art. 1949 CC (l'originària de l'any 1889) estava perfectament coordinada amb l'art. 35 de l'antiga

LH de 1869, que es va mantenir fins a l'any 1909. Sota aquest règim, en la usucapió “contra tabulas” davant del propietari de l'immoble, el qual coneix —o pot conèixer— que un altre està posseïnt per adquirir, regia la legislació comuna del CC, mentre que si es tractava d'un tercer hipotecari —que no coneixia, ni havia de conèixer, aquesta possessió “ad usucapionem”— era necessària la inscripció que pogués reflectir aquesta possessió, fet que resultava conforme amb el text de l'art. 1949 CC; i això tant si es tractés d'usucapió ordinària com extraordinària.

No obstant això, l'art. 36 de la nova LH (vigent des de 1944) contempla dues situacions diferents i conté una regulació diferent de l'anterior respecte de la prescripció adquisitiva davant del tercer registral; aquestes situacions són: 1ª) la usucapió que es produeix contra el titular inscrit mentre té lloc la possessió “ad usucapionem”; i 2ª) la que es produeix davant del tercer adquirent d'aquest titular, que reuneix les condicions de l'art. 34 LH.

En el primer cas, la solució coincideix amb la de l'anterior art. 35 LH, però no succeeix igual en el segon supòsit per al qual, sense distinció entre usucapió ordinària i extraordinària, es conté una nova regulació sobre l'eficàcia de la prescripció adquisitiva en perjudici de tercer hipotecari, doncs ara no s'exigeix que l'usucapiant tingui cap inscripció a favor seu, sinó que adopta com a criteri el del coneixement real o presumpte per part d'aquest tercer de la situació possessòria “ad usucapionem”. En aquest cas preval contra el “tercer hipotecari” la prescripció adquisitiva ja consumada en el moment de l'adquisició, o que pugui consumir-se dins de l'any següent, en dos supòsits: a) quan es demostrï que l'adquirent va conèixer o va tenir mitjans racionals i motius suficients per conèixer, abans de perfeccionar l'adquisició, que la finca o el dret estaven posseïts de fet i a títol de propietari per una persona diferent del transmissor; i b) quan, fora del cas anterior, el “tercer hipotecari” consenti aquesta possessió, apta per a l'adquisició del domini, de forma expressa o tàcita, durant tot l'any següent a l'adquisició.

Es tracta, diu el Tribunal, d'un nou règim totalment diferent de l'anterior pel que fa a la posició del tercer hipotecari, que ha substituït totalment el previst a l'art. 1949 CC en el sentit que, en no diferenciar, ha d'entendre's que afecta tant la prescripció ordinària com l'extraordinària.

No obstant això, la Sala confirma la solució adoptada per l'Audiència, encara que per fonaments diferents, ja que a la reconvenió no es feia cap referència a la concurrència dels requisits necessaris perquè operés la prescripció “contra tabulas” en perjudici del tercer adquirent.

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils

Publicades durant el primer trimestre de 2014

Fernando Agustín Bonaga
Notari de Calatayud

AGRUPACIÓ

Resolució de 20 de febrer de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3341)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'agrupació de finca de guany amb finca privativa per falta de determinació de quina part de la finca agrupada té cada un d'aquests dos conceptes. Per evitar l'aplicació de l'art. 45 RH, no n'hi ha prou amb la mera manifestació que la finca agrupada pertany als cònjuges amb caràcter de guany, perquè és doctrina reiterada que l'acord dels cònjuges només és translatiu si en aquest hi ha donació o títol seguit de tradició (art. 609 CC), la qual cosa inclouria el negoci d'aportació, sempre que es reflectís la causa de l'atribució (res d'això resulta del títol qualificat). La qualificació registral és independent d'anteriors qualificacions, ja siguin del mateix Registrador o d'un altre.

ANOTACIÓ PREVENTIVA

Resolució de 8 de gener de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1195)

Considera correctament realitzada una anotació d'embargament derivada d'una afecció urbanística, malgrat que el recurrent en qüestiona la legalitat (per problemes de tracte i caducitat de l'afecció de la qual porta causa).

La Direcció recorda la seva doctrina constant: el recurs només és procedent contra qualificacions negatives, però no per qüestionar la validesa dels títols ja inscrits. Els assentaments ja realitzats estan sota la salvaguarda dels tribunals i tenen tots els seus efectes mentre no se'n declari la inexactitud.

Resolució de 9 de gener de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1197)

En virtut del que es disposa a l'art. 86 LH, denega la pròrroga d'una anotació preventiva d'embargament en virtut de manament judicial presentat un cop caducada, malgrat haver dictat com a conseqüència d'una sol·licitud aportada al Jutjat abans que caduqués l'anotació.

Resolució de 23 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1548)

En virtut del que es disposa a l'art. 86 LH, denega la pròrroga d'una anotació preventiva d'embargament ja caducada. Durant la vigència de l'anotació, es va presentar un manament de pròrroga erròniament referit a finca distinta. Després d'esmenar l'error, l'esmena va ser presentada al foli de la finca correcta, però un cop ja havia caducat l'anotació.

Resolució d'1 de febrer de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2122)

Denega la realització d'una anotació preventiva de dret hereditari i posterior anotació preventiva d'embargament sobre aquest, totes dues a sol·licitud del creditor de l'hereu.

Per anotar un dret hereditari, a més d'acreditar la defunció del titular registral, cal justificar ser-ne l'hereu i la porció hereditària que correspon. De l'art. 166-1 RH se'n dedueix que cal fer constar les circumstàncies del testament o de la declaració d'hereus i els certificats de defunció i últimes voluntats del causant, i només es realitzarà l'anotació en la part que correspongui al dret hereditari del deutor. I si qui demana l'anotació del dret és el creditor de l'hereu, ha



d'acreditar a més ser un creditor amb dret a instar-la (un dels que es preveuen a l'art. 146-4 RH, o bé un altre creditor que hagi acudit al procediment especial de l'art. 57 LH).

Resolució de 5 de febrer de 2014 (BOE 51, 28-II-14: 2168)

Un cop presentat un decret d'adjudicació i manament de cancel·lació de càrregues posteriors en procediment d'execució de títols judicials, és inscrivible l'adjudicació però no la cancel·lació, ja que l'anotació de la qual porta causa l'execució ha estat cancel·lada per caducitat abans de la presentació.

La caducitat de les anotacions ordenades judicialment opera *ipso iure* un cop esgotat el termini de vigència (quatre anys, ex art. 86 LH), encara que formalment l'assentament es cancel·li posteriorment, en el moment de realitzar una nova inscripció o certificació. Un cop esgotat el termini de l'anotació, els assentaments posteriors milloren automàticament el seu rang i ja no poden ser cancel·lats en virtut del manament de l'art. 175 RH, el qual només pot ordenar la cancel·lació dels assentaments no preferents.

Resolució de 10 de febrer de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2339)

Un cop presentat un decret d'adjudicació i manament de cancel·lació de càrregues posteriors en procediment d'execució de títols judicials, és inscrivible l'adjudicació però no la cancel·lació, ja que l'anotació de la qual porta causa l'execució ha estat cancel·lada per caducitat abans de la presentació.

La caducitat de les anotacions ordenades judicialment opera *ipso iure* un cop esgotat el termini de vigència (quatre anys, ex art. 86 LH), encara que formalment l'assentament es cancel·li posteriorment, en el moment de realitzar una nova inscripció o certificació. Un cop esgotat el termini de l'anotació, els assentaments posteriors milloren automàticament el seu rang i ja no poden ser cancel·lats en virtut del manament de l'art. 175 RH, el qual només pot ordenar la cancel·lació dels assentaments no preferents.

Resolució de 20 de febrer de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3342)

Denega la pròrroga d'una anotació preventiva d'embargament, perquè el manament de pròrroga es presenta l'endemà d'aquell en què havien transcorregut quatre anys des de la data de l'anotació inicial, malgrat que en la nota d'expedició d'aquesta s'havia expressat erròniament com a data de l'assentament el dia següent. La data que serveix d'inici al còmput del termini de caducitat és la que consta al Registre i no cap altra.

Resolució de 21 de febrer de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3343)

Denega la cancel·lació d'una anotació preventiva d'embargament a favor de l'Agència Tributària per caducitat, en haver passat sis mesos des de l'adopció de la mesura. Aquest termini està previst a l'art. 81 LGT, però es refereix a la durada de l'embargament (o la seva pròrroga) com a mesura cautelar, i no a la durada de la seva anotació preventiva, a la qual se li aplica el termini general de quatre anys (art. 86 LH). El mer transcurs del termini de durada d'un dret no permet sense més ni més la cancel·lació de l'assentament que el publica, ja que res no impedeix que, un cop exercit tempestivament el dret, el seu exercici arribi al Registre més tard. Per cancel·lar l'anotació abans del transcurs del seu termini, cal acreditar de manera fefaent l'alçament de l'embargament mitjançant document emès per l'Administració que el va decretar.

BÉNS DE L'ADMINISTRACIÓ

Resolució de 12 de desembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 777)

Resolució de 20 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1004)

No consideren obstacle per a la immatriculació d'una finca situada a La Gomera i contigua a un barranc la falta d'informe favorable del Consell Insular d'Aigües.

Segons l'art. 58-2 de la Llei 12/1990, d'aigües de Canàries, els únics barrancs que formen part del domini públic són els que es prolonguen continuadament des de qualsevol divisòria de conca fins al mar. Però, encara que es tractés d'un barranc demanial, la notificació a l'Administració actuant no és una obligació imposada al Notari, sinó al Registrador (art. 38 de la Llei 33/2003, de patrimoni de les administracions públiques), en clara diferència respecte del que es preveu a l'art. 15 de la Llei de Costes i a l'art. 22 de la Llei de Forests.

No obstant això, la Resolució de 20 de desembre denega la inscripció pretesa per considerar insuficient, de cara a la seva individualització, la descripció de la finca la immatriculació de la qual es pretén, ja que els altres límits es manifesten en investigació administrativa.

Resolució de 23 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1549)

Suspèn la inscripció d'una compravenda de participació individual de finca destinada a embarcador, amb el seu punt d'amarratge, situada en una urbanització marítimo-terrestre (la marina interior d'Empuriabrava), per falta de prèvia revisió de la delimitació administrativa.

Aquesta marina està formada per parcel·les terrestres i canals dragats pels quals entra l'aigua del mar territorial amb la finalitat de permetre la navegació de les embarcacions esportives a peu de parcel·la (art. 2 de la Llei de 17 d'abril de 1998, de ports de Catalunya). Avui és una instal·lació portuària adscrita a la Generalitat de Catalunya, les competències exclusives de la qual (no obstant això) es refereixen només a obres i gestió d'activitats, i és l'Estat qui reté la competència exclusiva per a la delimitació del domini públic marítimo-terrestre.

Té qualificació de bé demanial des d'una ordre dictada sota la vigència de la Llei de Ports de 1928 i la Llei de Costes de 1969. Es confirma amb la legislació actual, que considera domini públic estatal la zona marítimo-terrestre i les aigües interiors (art. 132-2 CE, Llei de Costes 1988 i el seu Reglament de 1989). L'Ordre de 23 de desembre de 2010 del Ministeri de Medi Ambient va aprovar la delimitació del domini públic marítimo-terrestre de la zona on es troba la finca objecte d'expedient. Aquesta delimitació va ser anul·lada judicialment, però la sentència encara no és ferma; a més a més, l'art. 13-1 de la vigent Llei de Costes atorga a la resolució de delimitació l'efecte de declarar la possessió i la titularitat domini a favor de l'Estat, sense que les inscripcions del Registre de la Propietat puguin prevaler davant la naturalesa demanial dels béns delimitats. No es pot tenir en compte la dada de no constar inscrita la delimitació, perquè és un acte merament declaratiu del domini públic, el qual està constituït per la Llei. Consta al Registre la inscripció de la concessió per a l'explotació de la marina interior d'Empuriabrava, en què es fa constar expressament el caràcter demanial dels canals i les rades i dels molls de pilons i altres obres



Resolucions

construïdes en aquests. Per tant, l'objecte de l'escriptura qualificada és bé demanial inalienable, imprescriptible i inembargable.

No són aplicables al cas els supòsits de reversió als particulars del domini públic marítim-terrestre introduïts per la Llei 2/2013 perquè es tracta d'una urbanització la demanialitat de la qual ja era anterior a la Llei de Costes de 1988. No obstant això, és cert que una interpretació sistemàtica de les disposicions addicionals de la Llei esmentada sí que sembla emparar una exclusió del domini públic per als terrenys situats en urbanitzacions marítim-terrestres inscrits abans de la seva entrada en vigor, tal com succeeix en el supòsit. Però aquesta exclusió no és automàtica, sinó que està condicionada a la revisió de la corresponent delimitació, que és el que exigeix el Registrador i confirma la Direcció.

Resolució de 12 de febrer de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3017)

Admet la inscripció d'una certificació administrativa per la qual es declara resolta i se sol·licita la cancel·lació d'una concessió administrativa d'explotació d'un centre comercial per incompliment d'una condició imposada en el plec de condicions, en haver incorporat la societat concessionària en concurs voluntari de creditors.

Els efectes de la declaració de concurs sobre els contractes administratius formalitzats pel deutor es regiran per la seva legislació especial (art. 67-1 LC), que en aquest cas és la Llei de Contractes del Sector Públic, l'art. 223-b de la qual inclou entre les causes de resolució la declaració de concurs o insolvència. En el supòsit resolt, hi concorre una causa de resolució (el concurs) prevista tant en la Llei com en el plec de condicions, l'òrgan administratiu competent ha acordat la resolució del contracte i s'han seguit els tràmits essencials del procediment, en què el titular registral ha tingut la intervenció legalment establerta. Per tant, és procedent la cancel·lació sol·licitada, sense exigir el consentiment exprés del titular registral i sense que la possibilitat d'impugnar judicialment la resolució administrativa permeti objectar la seva falta de fermesa (és suficient haver esgotat la via administrativa per poder inscriure un acte administratiu que impliqui una mutació jurídic-real).

CONCURS I INSOLVÈNCIA

Resolució de 13 de desembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 778)

Denega la cancel·lació d'una anotació preventiva de declaració de concurs pretesa amb la mera presentació de testimoni de la sentència ferma aprovatòria del conveni.

És cert que el caràcter rogat de l'actuació registral (derivat del caràcter voluntari de la inscripció) queda modalitzat en cas de documents judicials, respecte dels quals el deure de col·laboració amb els tribunals aconsella l'actuació d'ofici pel Registrador, inclús a efectes d'inscripció parcial. Però el cert és que la mera aprovació del conveni no posa fi a la situació de concurs, que només conclourà quan així ho declari el Jutge Mercantil per interlocutòria en què es declari el compliment del conveni (art. 176 i 178-3 LC, Resolució de 13 d'octubre de 2011 i Resolució de 2 de març de 2013).

D'altra banda, es desestima també la pretensió que es rectifiqui l'anotació d'obertura de la fase conveni, i se substitueix per una anotació d'aprovació de conveni. Els assentaments ja

realitzats estan sota la salvaguarda dels tribunals; no poden ser modificats sense consentiment del titular registral o resolució judicial; el recurs governatiu no és procedent contra assentaments ja realitzats, sinó només contra qualificacions negatives.

DIVISIÓ, SEGREGACIÓ, PARCEL·LACIÓ

Resolució de 28 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1807)

Denega la inscripció d'una venda de participació indivisa de finca rústica, en què, si bé és cert que no existeix cap assignació formal i expressa d'ús individualitzat d'una part de l'immoble, la Direcció presumeix l'existència d'indisposicions reveladores de possible parcel·lació urbanística, amb risc de creació de nucli de població, que necessitaria llicència o declaració d'inecessarietat.

La disposició addicional 2a de la Llei de Sòl No Urbanitzable valenciana (aplicable al cas) considera també supòsits de parcel·lació urbanística aquells en què, sense divisió ni segregació, se subdivideixin, alienin o arrendin quotes de finca per a ús individualitzat de diversos titulars, ja sigui mitjançant associacions, societats, divisions horitzontals, copropietats, accions o participacions que impliquin la modificació de l'ús rústic a fi d'eludir el compliment d'aquesta Llei.

En el cas resolt, l'índex de parcel·lació consisteix en el fet que a la certificació cadastral incorporada a l'escriptura s'atribueix a la quota venuda una referència cadastral pròpia, se l'identifica com a urbana amb ús de magatzem-estacionament i se la considera integrada en una parcel·la amb diversos immobles (divisió horitzontal).

ESTAT CIVIL

Resolució de 10 de gener de 2014 (BOE 32, 6-II-14: 1243)

Admet la inscripció d'una escriptura actual en què un ajuntament adjudica una finca a un particular com a conseqüència d'una subhasta administrativa efectuada el 1979. A l'escriptura qualificada, l'adquirent manifesta estar actualment casat en règim de guanys i haver estat solter en el moment de la subhasta.

La Registradora exigeix certificat del Registre Civil acreditant l'estat de solter en el moment de la subhasta per evitar la inscripció com a presumptivament de guanys. Per a la Direcció, no és necessari: la regla que les circumstàncies d'estat civil i règim econòmic matrimonial es faran constar pel Notari per allò que en resulti de les manifestacions dels compareixents (art. 159 RN) s'ha d'interpretar en vista de la STS (3a) de 20 de maig de 2008, en el sentit que es tracta de meres manifestacions i no proves fefaents. En no constar l'estat civil del compareixent el 1979 de l'expedient administratiu incorporat a l'escriptura, cal atènyer-se a les manifestacions d'aquest fins i tot quan es refereixin a una època anterior, sobretot quan no resulten contradictòries amb les dades del Registre.

EXCÉS I DISMINUCIÓ DE CABUDA

Resolució de 20 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1005)

Admet la inscripció d'una escriptura d'agrupació d'unes finques amb simultània segregació de la finca agrupada en set



parcel·les (que compta amb la llicència oportuna), malgrat que una de les finques agrupades es descriu amb una disminució de cabuda superior a la cinquena part de la superfície inscrita i no s'aporta certificació cadastral descriptiva i gràfica. La Direcció recorda la seva doctrina que les disminucions de cabuda s'han de justificar igual que els excessos, ja que si no es podria produir una «desinscripció» seguida d'una immatriculació. Per això, l'art. 53 de la Llei 13/1996 no limita la seva aplicació als excessos, sinó en general a les rectificacions de cabuda inscrita.

No obstant això, en el cas hi ha raons que justifiquen la inscripció: cada finca agrupada ha estat objecte de doble mesurament tècnic (privat i municipal); totes presenten una petita disminució respecte de la cabuda inscrita, de manera que, encara que respecte d'una de les finques la diferència supera el 25%, respecte de la finca agrupada total la diferència és inferior al 10%; queda justificada la destinació de la disminució de cabuda (vials); després de les segregacions efectuades, la certificació cadastral descriptiva i gràfica d'una de les finques agrupades no oferiria cap correspondència amb els terrenys resultants.

Resolució de 13 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1540)

Suspèn la inscripció d'un excés de cabuda declarat en l'escriptura de compravenda d'un local en propietat horitzontal. No es modifiquen límits ni quota. Es pretén justificar l'excés mitjançant un simple pla signat per les parts de la compravenda, insuficient als efectes de l'art. 53-8 de la Llei 13/1996.

Les exigències per a la registració d'excessos de cabuda són igualment aplicables als elements en propietat horitzontal quan es tracti de la rectificació d'una dada registral indubtablement errònia, és a dir, sempre que no s'alteri la realitat inscrita. En cas contrari (com succeeix en el supòsit resolt), no és possible la modificació unilateral, sinó que s'hauran de complir les normes sobre modificació del títol constitutiu, ja que la delimitació de cada element en propietat horitzontal té caràcter negocial.

HIPOTECA

Resolució de 9 de desembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 774)

Admet la inscripció d'una novació de préstec hipotecari, amb augment de capital i responsabilitat hipotecària però sense modificació de la taxació a efectes de subhasta, sense necessitat d'aportar el certificat de taxació exigint pels art. 682-2-1 LEC i 129 LH, en la seva redacció actual, després de la Llei 1/2013.

Respecte del mercat secundari d'emissió de cèdules o bons hipotecaris, ja existien normes que pretenien protegir els inversors del risc d'una sobretaxació del bé hipotecat. La vigent Llei 1/2013 pretén protegir tot deutor hipotecari del risc d'infravaloració del bé en fixar el preu de subhasta, ja que, si quedés deserta, el creditor es podria adjudicar el bé pel 70% o el 50% del valor de taxació, segons es tractés d'habitatge habitual o no. La regla actual exigeix, per poder executar la hipoteca i, per tant, per poder inscriure el pacte d'execució directa o extrajudicial, certificació acreditativa que la finca ha estat taxada conforme a les normes reguladores del mercat hipotecari i que el valor de subhasta no sigui inferior al 75% d'aquesta taxació.

No obstant això, aquesta exigència legal es refereix només a l'«*escriptura de constitució d'hipoteca*» i no a actes posteriors, com la novació o l'ampliació de la hipoteca preexistent, no només ja per una interpretació literal, sinó també per la diferent regulació i significació jurídica de la modificació i la constitució de la hipoteca als art. 144 i 145 LH. Ara bé, sí que seria necessari el certificat de taxació quan la modificació alterés el valor de taxació de l'escriptura de constitució, o bé quan el pacte d'execució no figurés en aquesta. Certament, la Direcció ha equiparat en ocasions l'ampliació amb una segona hipoteca, però només a efectes de rang en existir creditors o titulars intermedis.

Resolució de 18 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1000)

Suspèn la inscripció d'un decret judicial d'adjudicació per execució hipotecària presentat després de l'entrada en vigor de la Llei 1/2013. Aquesta norma regula les causes d'oposició derivades de la possible existència de clàusules abusives. La seva disposició transitòria 4a es refereix als procediments en curs a la seva entrada en vigor (és a dir, aquells en què l'adjudicatari encara no hagués estat posat en possessió del bé) i en els quals ja haguessin transcorregut els terminis d'oposició ordinaris, tot concedint (fins i tot quan ja s'hagués declarat la fermesa de la resolució) un termini preclusiu d'un mes per formular un incident extraordinari basat en l'existència de noves causes d'oposició.

Així, en els procediments iniciats a partir de l'entrada en vigor de la nova norma, resultarà del mateix decret d'adjudicació l'existència i el resultat de l'oposició, de manera que la mera expressió de la fermesa del decret serà suficient per a la seva inscripció. Tanmateix, en els procediments en curs, aquesta expressió serà insuficient. Caldrà: o bé que es faci constar la posada a disposició de l'adjudicatari (en el mateix decret o en la diligència posterior), o bé (si faltés la posada en possessió) que s'aporti escrit del Secretari acreditant el transcurs sense oposició del termini mensual. Si hi hagués hagut oposició, caldria atènyer-se al resultat de l'incident.

Resolució de 19 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1002)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'hipoteca en funció de contra-aval, i garanteix la devolució dels pagaments que una societat de garantia recíproca pugui fer com a avalador en una pòlissa de préstec a una societat mercantil.

El primer defecte és la falta de claredat en la durada de la hipoteca, ja que s'incorre en la contradicció de dir, d'una banda, que la hipoteca té el mateix termini de durada que el préstec assegurat i, de l'altra, que durarà fins a la completa satisfacció de les obligacions garantides. En segon lloc, cal fer constar expressament el caràcter habitual o no de l'habitatge hipotecat, segons exigeix l'art. 21-3 LH (redactat per la Llei 1/2013), ja que la Direcció interpreta que aquesta constància és exigible sempre que una persona física hipotequi un habitatge, encara que no es tracti de garantir un préstec per a la seva adquisició, perquè la finalitat de la norma és la protecció de l'habitatge habitual en cas d'execució d'hipoteca. Per acabar, amb independència que allò gravat sigui l'habitatge o no, s'ha de preveure que el venciment anticipat per impagament es refereixi a tres mensualitats (art. 693 LEC, redactat per la Llei 1/2013).



Resolucions

Resolució de 17 de desembre de 2013 (BOE 29, 3-II-14: 1114)

Es refereix a un préstec hipotecari concedit a dues persones físiques i a una societat mercantil, però garantit amb una hipoteca sobre habitatge pertanyent només a la societat deutora. Admet la seva inscripció sense necessitat de manifestació de deutors o hipotecant, en el sentit que la finca hipotecada no constitueix l'habitatge habitual de cap d'ells.

Certament, l'art. 23-1 LH exigeix fer constar, en els préstecs hipotecaris sobre habitatge, el caràcter habitual o no que es pretengui atribuir a aquesta. Però el cert és que la llei que ha introduït aquesta regla (Llei 1/2013) està adreçada a deutors hipotecaris persones físiques, i que el mateix concepte d'*habitatge habitual* és aliè a l'àmbit societari. Tampoc no és possible admetre la hipòtesi que el deutor persona física pugui tenir la seva residència habitual en habitatge de la societat hipotecant, ja que, si fos així, seria en virtut d'un títol que no hauria tingut accés al Registre, per tant, seria inoposable a tercer.

Resolució de 9 de gener de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1196)

Es pretén inscriure una adjudicació resultant de procediment judicial d'execució d'hipoteca. Entre la data en què es dicta la resolució i la data en què guanya fermesa, entra en vigor (el dia 15 de maig de 2013), la Llei 1/2013, de mesures per reforçar la protecció de deutors hipotecaris, la disposició transitòria 4a de la qual la declara aplicable als processos d'execució iniciats abans de la seva entrada en vigor, però únicament pel que fa a les actuacions executives pendents de realitzar.

La Direcció entén que l'executat és susceptible de ser considerat consumidor i, per tant, de patir clàusula abusiva. Exigeix per a la inscripció justificació judicial de la posada en possessió de la finca a mans de l'adjudicatari abans del 15 de maig de 2013 o, si escau, de la no formulació satisfactòria de l'incident extraordinari basat en noves causes d'oposició.

Resolució de 7 de gener de 2014 (BOE 32, 6-II-14: 1241)

Denega la inscripció d'una escriptura d'hipoteca per falta de claredat en la determinació dels domicilis dels prestataris (un dels quals és, a més, hipotecant) per a les notificacions en el procediment d'execució judicial. Aquesta determinació, que resulta de l'escriptura i d'una esmena posterior, es fa a la corresponent clàusula d'execució, expressant-hi un domicili i, a més, remetent-se al de la compareixença, tot existint discrepància entre tots dos i sense quedar tampoc clar si es pretén assenyalar diversos domicilis per a cada prestatari o domicilis diferents per a cada un d'ells.

La Direcció considera irrellevant l'error material en l'expressió del nom d'un carrer, que es pot resoldre per via interpretativa. Però, pel que fa a la resta de dubtes, no es pot traslladar la responsabilitat al Registrador, atesa l'especial transcendència de la determinació del domicili per a requeriments i notificacions, tant respecte del deutor (coneixement de les actuacions executives i possibilitat d'intervenir en el procediment i d'oposar-se a les seves irregularitats) com respecte del creditor (evitació de dilacions per canvi de residència o mala fe del deutor).

Ara bé, encara que literalment la norma exigeix la fixació «d'un domicili», atesa la seva finalitat, no cal interpretar-la en el sentit de domicili necessàriament únic, sinó cert i determinat, de manera que és possible expressar diversos domicilis, cosa que pot facilitar al seu dia el desenvolupament del procediment. Així succeiria si el deutor i l'hipotecant són diferents, si hi ha diversos hipotecants, si la hipoteca és constituïda només per una persona però amb previsió de posterior transmissió de la finca o si s'habiten diferents habitatges per temporades.

Resolució de 10 de gener de 2014 (BOE 32, 6-II-14: 1244)

Denega la cancel·lació d'una hipoteca pretesa per caducitat a instància dels titulars de la finca. Es va constituir el 1989 com a hipoteca de seguretat en garantia de deutes per subministraments entre empreses. Es va pactar un termini de sis mesos prorrogable tàcitament per trimestres (sempre que una de les parts no comunicés a l'altra la seva intenció de donar per vençuda la hipoteca) fins a un màxim de vint anys. Aquest termini no és de caducitat de la hipoteca, sinó el termini dins del qual s'hauran d'haver concretat les obligacions per poder ser garantides amb aquesta. Així ho interpreta la Direcció a la vista de les estipulacions de l'escriptura: es va pactar que, un cop produïda la rescissió, la hipoteca garantiria les obligacions contraetes pel deutor fins a la data de rescissió, encara que el seu venciment fos posterior; a més, el més lògic és entendre que la facultat de les parts d'oposar-se a la pròrroga s'ha de referir al termini de cobertura de les obligacions, però no a la hipoteca mateixa, ja que seria anòmal que la seva cancel·lació pogués quedar al mer arbitri de l'hipotecant.

En conseqüència, atès que la hipoteca cobreix inclús obligacions posteriors a la seva data de durada, no estem davant d'un cas clar de caducitat convencional. Tampoc davant la cancel·lació per caducitat ex art. 82, últim paràgraf, ja que en tractar-se d'una hipoteca de seguretat no resulten del Registre les concretes obligacions contraetes, ni la data concreta en què la prestació garantida va haver de ser satisfeta en la seva totalitat segons el Registre.

Resolució de 20 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1544)

Denega la inscripció d'una hipoteca en garantia dels crèdits contra la massa que poguessin quedar insatisfets després de la liquidació d'una societat concursada. Els concrets crèdits i creditors garantits i la seva prelación de cobrament seran determinats judicialment un cop es produeixi l'eventual liquidació d'una societat. Segons l'escriptura, es tracta d'una «hipoteca en garantia d'obligacions futures» constituïda (com a hipotecant no deutor) per l'administrador solidari sobre un bé propi d'ell, amb la finalitat de generar confiança en el procés concursal, en la via de l'art. 176 bis LC (que permet evitar la conclusió del concurs per insuficiència de massa activa mitjançant garantia de tercer suficient).

Per a la Direcció, existeix indeterminació. La hipoteca no garanteix obligacions futures, sinó existents actualment, si bé l'efectivitat de la garantia depèn d'un fet futur i incert, com és l'impagament de crèdits contra la massa en cas de liquidació, que al seu torn està supeditada a una decisió judicial eventual i futura. També existeix indeterminació inicial en els titulars de la hipoteca (l'eventual pluralitat dels quals podria exigir establir regles sobre el seu caràcter mancomunat o no) i en les obligacions garantides (sense unitat entre si, sense que en aquest cas pogués ser d'aplicació l'art. 153 bis LH o hipoteca flotant).



L'altre defecte, referit a la incompetència territorial fiscal, s'analitza a l'epígraf sobre procediment registral.

Resolució de 22 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1546)

Resolució de 22 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1547)

Denega la inscripció del pacte d'execució judicial directa contingut en una escriptura de reconeixement de deute i constitució d'hipoteca entre particulars (no entitats de crèdit), perquè la taxació que s'aporta no és oficial i no compleix, per tant, amb l'art. 682-2-1 LEC, redactat per la Llei 1/2013. Aquesta normativa és aplicable amb independència dels subjectes i de la naturalesa del bé hipotecat, i té caràcter imperatiu, de manera que la seva vulneració implica la nul·litat de l'estipulació que la infringeix.

Resolució de 27 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1803)

Denega la cancel·lació d'unes hipoteques amb termini d'amortització de deu anys a comptar des del 1988 per no haver transcorregut el termini de vint-i-un anys exigit al darrer paràgraf de l'art. 82 LH. El recurrent pretén el contrari, per haver transcorregut aquest termini des que es va realitzar el 1992 una nota marginal d'expedició de certificació de domini i càrregues en procediment d'execució directa.

Aquesta certificació té efectes importants: no és una mera publicitat notícia, sinó una verdadera notificació formal als titulars posteriors, requisit essencial del procediment, que interromp la prescripció de l'acció. Però no determina per si sola la data en què l'obligació hagi de ser satisfeta (pressupòsit d'aplicació de l'art. 82-5 LH), ja que no implica necessàriament el venciment anticipat de totes les obligacions garantides, ni impedeix que, havent-se produït un impagament parcial, el deutor hagi alliberat el bé pagant la quantitat pendent abans de la subhasta.

Resolució de 4 de febrer de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2128)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació a conseqüència d'una execució hipotecària per falta de demanda i requeriment de pagament al tercer posseïdor que va inscriure el seu dret abans de la nota d'expedició de certificació de domini i càrregues. El requeriment de pagament al tercer posseïdor és tràmit qualificable exigit per la legislació hipotecària (art. 132-1 LH) i processal (art. 685 LEC) la falta del qual suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat.

Resolució de 5 de febrer de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2129)

Suspèn, per falta d'expressió manuscrita del deutor d'haver estat adequadament advertit dels possibles riscos derivats del contracte (art. 6 de la Llei 1/2013), la inscripció d'un préstec hipotecari concertat per una persona física i destinat a l'adquisició d'habitatge habitual, en el qual es pacta un «cap.» hipotecari que protegeix, mitjançant el pagament d'una quantitat o «prima» (encara que no és una verdadera assegurança), contra la pujada del tipus d'interès per sobre d'un determinat límit màxim i durant un concret període de temps. Per a la Direcció, es tracta d'un instrument de cobertura del risc del tipus d'interès que, igual com, per exemple, el *swap* (o permuta financera del tipus d'interès, que suposa un canvi temporal del tipus d'interès variable contractat per un altre de fix), té per objectiu minimitzar el risc de pujada de l'interès assumit per qui contracta un tipus variable.

La Direcció relaciona aquesta qüestió amb la seva doctrina actual (arran de la Resolució d'1 d'octubre de 2010) sobre extensió de la qualificació registral al control d'inclusió i transparència dels contractes amb condicions generals de la contractació, la qual amplia la qualificació registral de les hipoteques a la determinació del possible caràcter abusiu de les seves clàusules, en consideració al principi de protecció de consumidors i usuaris; a la STS de 16 de desembre de 2009, que reitera el paper actiu del Registrador davant d'una clàusula abusiva, i a la recent jurisprudència de la Cort de Luxemburg (SSTJUE de 14 de juny de 2012 i de 14 de març de 2013), que reafirma el «*principi d'efectivitat*» de les directives comunitàries. La nul·litat que declara l'art. 83 RDLeg. 1/2007 respecte de les condicions generals abusives deriva de la mateixa llei, per tant, el mandat de «*tenir-les per no posades*» adreçat a tots els funcionaris inclou els registradors, sense subordinació a la prèvia declaració judicial, especialment quan es tracta de clàusules incloses a la «llista negra» dels art. 85 i seg. de l'esmentat Text Refós.

Resolució de 13 de febrer de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3019)

Admet la inscripció d'un decret d'execució judicial d'hipoteca pel qual, després de quedar deserta la subhasta, s'adjudica l'habitatge hipotecat al creditor per un import que excedeix del 50% però que no arriba al 60% del valor de taxació. El Secretari Judicial afirma que l'habitatge subhastat no és l'habitual del deutor. El Registrador, en canvi, entén que aquesta afirmació no és pròpia d'un procés d'execució i, a més, es contradiu per altres dades: l'habitatge hipotecat és domicili de notificacions i requeriments relatius a la hipoteca, i és assenyalat en una anotació d'embarcament posterior com a domicili de la deutora, en què, a més, consta empadronada (segons consulta realitzada al Padró pel mateix Registrador).

Després de la Llei 1/2013 (que dona nova redacció a l'art. 21-3-3 LH), en els préstecs amb garantia hipotecària sobre habitatges, és obligatori fer constar expressament el seu caràcter habitual o no. Però el supòsit resolt és anterior, i el valor d'adjudicació mínim en cas de subhasta deserta és diferent en un i altre cas. Per a la Direcció, no resulta del Registre cap pronunciament exprés sobre el caràcter habitual de l'habitatge, i desestima els arguments registrals: l'assenyalament d'un domicili per a notificacions i requeriments hipotecaris, o a efectes d'una anotació d'embarcament, té eficàcia processal, però no implica coincidència amb l'habitatge habitual; certament, el Registrador, per aconseguir una qualificació més conforme amb el principi de legalitat, té la facultat de consultar registres públics, però sempre que tinguin caràcter jurídic i la seva titularitat competeixi al Cos de Registradors (en canvi, el Padró té condició de registre administratiu per a l'art. 16 LRBRL).

Resolució de 14 de febrer de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3021)

Resolució de 18 de febrer de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3339)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació a conseqüència d'una execució hipotecària per falta de demanda i requeriment de pagament al tercer posseïdor que va inscriure el seu dret abans de la nota d'expedició de certificació de domini i càrregues. El requeriment de pagament al tercer posseïdor és tràmit qualificable exigit per la legislació hipotecària (art. 132-1 LH) i processal (art. 685 LEC) la falta del qual suposa la infracció d'un tràmit essencial del



Resolucions

procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat. No n'hi ha prou amb la mera notificació que, sobre l'existència del procediment, li hagi fet el Registrador en el moment d'expedir la certificació (art. 659 LEC), l'efecte de la qual és només avisar-lo de l'execució i permetre-li pagar i subrogar-se, però no substitueix tràmits processals més rigorosos.

Resolució de 18 de febrer de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3338)

Denega la inscripció d'una novació d'hipoteca en què es modifica la valoració a efectes de subhasta per falta d'aportació del certificat de taxació exigint pels art. 682-2-1 LEC i 129 LH, en la seva redacció actual, després de la Llei 1/2013, a fi d'acreditar que el valor a efectes de subhasta no és inferior al 75% de la taxació oficial.

Respecte del mercat secundari d'emissió de cèdules i bons hipotecaris, ja existien normes que pretenien protegir els inversors del risc d'una sobretaxació del bé hipotecat. La vigent Llei 1/2013 pretén protegir a qualsevol deutor hipotecari del risc d'infravaloració del bé en fixar el preu de subhasta, ja que, si quedés deserta, el creditor es podria adjudicar el bé pel 70% o el 50% del valor de taxació, segons es tractés d'habitatge habitual o no. La regla actual exigeix, per poder executar la hipoteca i, per tant, per poder inscriure el pacte d'execució directa o extrajudicial, certificació acreditativa que la finca ha estat taxada conforme a les normes reguladores del mercat hipotecari i que el valor de subhasta no sigui inferior al 75% d'aquesta taxació.

Aquesta exigència legal es refereix només a l'«*escritura de constitució d'hipoteca*» i no a actes posteriors, com la novació o ampliació de la hipoteca preexistent, no només ja per una interpretació literal, sinó també per la diferent regulació i significació jurídica de la modificació i la constitució de la hipoteca en els art. 144 i 145 LH. Ara bé, sí que és necessari el certificat de taxació quan (com en el supòsit resolt) la modificació alteri el valor de taxació de l'escriptura de constitució, o bé quan el pacte d'execució no figuri en aquesta. Certament, la Direcció ha equiparat en ocasions l'ampliació amb una segona hipoteca, però només a efectes de rang en existir creditors o titulars intermedis.

Resolució de 24 de febrer de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3345)

Admet la inscripció d'una novació i ampliació de préstec hipotecari (que ja incloïa els pactes d'execució judicial i extrajudicial) sense necessitat de fer constar expressament el pacte segons el qual el venciment anticipat del préstec només serà possible per impagament d'almenys tres terminis mensuals o nombre de quotes equivalent.

Per arribar a aquesta conclusió, considera aplicables els mateixos arguments en virtut dels quals la Direcció ha estat entenent que l'obligació d'aportar el certificat de taxació exigint pels art. 682-2-1 LEC i 129 LH (també en la seva redacció actual, després de la Llei 1/2013) es refereix només a l'«*escritura de constitució d'hipoteca*» i no a actes posteriors, com la novació o ampliació de la hipoteca preexistent, no només ja per una interpretació literal, sinó també per la diferent regulació i significació jurídica de la modificació i la constitució de la hipoteca en els art. 144 i 145 LH. En canvi, sí que seria necessari el certificat de taxació quan el pacte d'execució no figurés en l'escriptura de constitució. La Direcció ha equiparat en ocasions l'ampliació amb una sego-

na hipoteca, però només a efectes de rang en existir creditors i titulars intermedis.

IMMATRICULACIÓ

Resolució de 17 de desembre de 2013 (BOE 29, 3-II-14: 1113)

Admet la inscripció d'una aportació a guanys precedida d'una escriptura d'herència i agrupació d'una finca immatriculada amb una altra que no ho està. La certificació cadastral descriptiva i gràfica correspon, en extensió i descripció, amb l'agrupada, i publica com a titulars cadastrals els causants de l'herència. La Direcció interpreta teleològicament l'art. 53-7 de la Llei 13/1996: no té sentit obligar l'immatriculant a instar una segregació cadastral destinada a quedar sense efecte immediat a conseqüència de l'agrupació. Això sí, cal en tot cas que la finca estigui cadastrada a nom de l'adquirent o transmissor. Un supòsit i una solució similars als de la Resolució de 26 de juny de 2003.

Resolució de 29 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1809)

Rebutja una immatriculació (art. 205 LH) pretesa mitjançant una escriptura d'aportació a guanys, precedida d'una altra immediata de dissolució de comunitat atorgada pel cònjuge aportant juntament amb altres persones.

És possible inferir que la documentació ha estat preparada *ad hoc* per aconseguir la immatriculació no només per tractar-se de dos títols la naturalesa translativa dels quals és discutida, sinó per altres factors: negocis coetanis, ja que són números de protocol consecutius; escassa repercussió fiscal; falta d'acreditació fefaent de la constitució del condomini, ja que s'invoca com a títol d'adquisició una herència de causants morts fa més de deu anys, sense cap altra justificació, i, per acabar, al Cadastre apareix com a únic titular només un dels causants ressenyats.

Resolució de 6 de febrer de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2333)

Rebutja una immatriculació ex art. 205 LH el títol previ de la qual és una aportació a guanys, en què el títol immatriculable és un pacte de millora amb entrega de present (art. 214 i seg. de la Llei de Dret Civil de Galícia), en el qual els millorants es reserven l'usdefruit i la facultat de disposar amb caràcter vitalici, i al millorat se li grava amb prohibició de disposar i substitució fideïcomissària a favor dels seus descendents.

Certament, és possible immatricular la nova propietat, i la llei no exigeix que el domini immatriculat estigui lliure de càrregues. A més, el pacte de millorar amb entrega de present és, en principi, un vehicle hàbil per immatricular (a diferència del pacte amb entrega diferida a la defunció del millorant, que té una naturalesa de donació *mortis causa*).

No obstant això, en el cas resolt, el millorat adquireix una titularitat merament formal, un domini mancat de les qualitats de «*gaudir*» i «*disposar*» (art. 348 CC). No és possible equiparar aquesta millora a una donació amb reserva de la facultat de disposar o pacte de reversió dels art. 639 i 641 CC, sinó més aviat a una donació *mortis causa* del seu art. 620, que només produeix efecte a la mort del donant. Una altra raó que impedeix la immatriculació pretesa és la impossibilitat d'inscriure la reserva de la facultat dispositiva a favor



del transmissió, la qual cosa sí que seria possible en cas de transmissió de finca ja inscrita, però no en cas d'immatriculació per falta de prèvia inscripció de la facultat a nom de qui se la reserva.

Resolució de 7 de febrer de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2335)

No considera prou motivada la qualificació registral dene-gatòria de la immatriculació d'una finca mitjançant escriptura d'aportació a guany. El Registrador considera palmari que el títol ha estat elaborat als únics efectes d'immatricular, però no el motiva, i poden ser tinguts en compte documents aportats amb posterioritat (una acta d'immatriculació tancada abans de la de-claració de notorietat pel fet d'existir oposició).

Resolució de 13 de febrer de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3018)

Consta inscrita una meitat indivisa de finca de 55 m2 ocupats íntegrament per un edifici de dues plantes, que delimita amb carrer per dos costats i que té assignada una determinada refe-rència cadastral. Ara es pretén la immatriculació de l'altra meitat mitjançant escriptura d'herència complementada per acta de notorietat, en les quals es fa constar que la finca està realment formada no només per la referència cadastral que ja constava a la inscripció, sinó per una altra més. Així es justifica amb les dues certificacions cadastrals descriptives i gràfiques, de les quals re-sulta que cada parcel·la té 27 m2; que sobre cada una d'aquestes hi ha, des del 1956, una construcció de dues plantes, i que les du-es delimitacions no fixes corresponen avui a la mateixa persona, la qual presta la seva conformitat en l'acta de notorietat.

La Direcció admet la immatriculació pretesa en apreciar plena correspondència descriptiva entre la finca registral i la del títol (for-mada per les dues parcel·les cadastrals), la constància registral de la qual esdevé obligada per l'art. 18 de la Llei del Cadastre. No es pot apreciar falta de coincidència pel mer fet que al Registre hi consti una sola referència cadastral i en el títol se n'hi atribueixi una altra més. No hi ha restricció legal per aplicar diverses referències cadas-trals a una sola finca registral, la qual cosa és, de fet, bastant freqüent.

NÚMERO D'IDENTIFICACIÓ FISCAL

Resolució de 5 de desembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 773)

Admet la inscripció d'un manament d'embargament a favor d'una comunitat en propietat horitzontal sense necessitat de fer constar el NIF del titular registral.

L'obligació imposada per l'art. 254-2 LH de fer constar el NIF en actes relatius a immobles s'ha d'interpretar segons la seva finalitat, que és combatre el frau fiscal mitjançant un millor seguiment de les transmissions, fent aflorar les verdaderes titularitats quan es pretenguin ocultar a través de persones interposades. Però en el cas resolt no hi ha transmissió actual, l'embargament no és compa-reixent ni representat en una escriptura, el seu NIF no consta inscrit per la mera antiguitat de la seva adquisició i la impossibilitat de la seva obtenció comportaria el perjudici de l'acció processal.

Resolució de 7 de gener de 2014 (BOE 32, 6-II-14: 1242)

Consta inscrita una hipoteca la titular de la qual és «Caja de Ahorros de Salamanca y Soria». Ara es pretén inscriure la seva cancel·lació, atorgada per un apoderat de «Banco de Caja España de Inversi-

ones», el qual acredita que, al seu torn, aquest banc és apoderat de «Caja España de Inversiones», que encara subsisteix, va néixer de la fusió de la caixa titular registral amb altres entitats i de la qual se'n va segregar el banc esmentat. S'acredita el NIF del compareixent, de la titular registral i del banc. Però la Direcció exigeix també acre-ditar el NIF de «Caja España de Inversiones».

És doctrina de la Direcció, en interpretació de l'art. 254-2 LH (Resolució de 5 de març de 2010), exigir l'acreditació del NIF dels compareixents i de les persones que actuen en representació se-va. El fet que s'actui representant a qui al seu torn representa una altra entitat no suposa excepció a aquesta regla. En el cas resolt, n'hi hauria hagut prou amb què el banc hagués actuat directa-ment com a successor universal de la caixa titular registral, però, tal com està redactada l'escriptura (banc que representa caixa intermèdia, que al seu torn neix de la fusió de la caixa titular), cal acreditar també el NIF de l'entitat intermèdia.

Resolució de 20 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1543)

Denega la inscripció al Registre Mercantil d'un canvi de soci únic per falta d'acreditació del NIF del nou soci: una societat de nacionalitat noruega.

Una de les dades que exigeix l'art. 38 RRM en regular la constàn-cia registral de la identitat de persones jurídiques és el NIF, quan es tracti d'entitats que han de disposar d'aquest d'acord amb la nor-mativa tributària. L'art. 18-1 RD 1065/2007 (Reglament de Gestió i Inspecció Tributària) exigeix als obligats tributaris tenir un NIF per a les seves relacions amb transcendència tributària. La nova sòcia única està obligada a contribuir amb els dividendes que percebi (art. 35-5 LGT) i, a més, en tenir el control efectiu de la societat, respon subsidiàriament pels seus deutes tributaris (art. 41-1-g LGT).

OBRA NOVA

Resolució de 16 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 997)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'obra nova a la qual s'incorporen, als efectes d'acreditar la seva antiguitat i la coin-cidència de descripció: certificació d'Arquitecte Tècnic, sense visat col·legial, amb descripció coincident amb la del títol quant a l'edifici però no quant a la superfície de la parcel·la; certificació cadastral, la descripció de la qual no coincideix amb la del títol ni amb la del certificat tècnic, i certificat municipal acreditatiu d'una antiguitat superior a cinc anys, però sense descriure l'edifici, no-més per mera al·lusió a la referència cadastral.

Els art. 20-4 LS i 52-a RD 1093/1997 exigeixen, per a la inscrip-ció d'obres antigues, acreditar l'existència de l'obra, la data de fi-nalització i la seva descripció coincident amb el títol per qualsevol dels mitjans indicats en aquests preceptes, sense establir entre aquests cap preferència ni jerarquia. En el cas resolt, no es discuteix la jerarquia entre certificats, sinó l'existència de discordances entre aquests respecte de la descripció i finalització de les obres. D'altra banda, l'art. 50 RD/1997 enumera quins tècnics són competents per certificar les obres noves. En els casos del signatari del projecte (1), del director d'obra (2) i del tècnic municipal (4), només s'exigeix la legitimació notarial de la seva signatura en el certificat. Però aquí estem en el tercer cas: qualsevol altre tècnic amb facultats suficients en virtut de certificat del seu col·legi professional (certament, és el



Resolucions

mateix tècnic que va expedir l'informe sobre el qual es va basar el certificat municipal, però ara certifica com a tècnic independent, al marge de la seva condició d'empleat municipal). En aquest cas, només la compareixença davant Notari o la legitimació de signatura posada en presència amb l'acreditació de la condició de tècnic competent supleixen el visat del Col·legi Professional, que, entre altres funcions, serveix per acreditar la qualificació i habilitació professional del tècnic (art. 31 RD 327/2002, d'estatuts dels col·legis professionals d'arquitectes).

Resolució de 16 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 998)

En relació amb la inscripció d'una escriptura d'obra antiga, considera complerts els requisits de l'art. 52 RD 1093/1997 mitjançant la incorporació de certificació cadastral descriptiva i gràfica acreditativa que l'antiguitat de la finalització de l'obra i la seva descripció són coincidents amb el títol, en què, a més, aquesta obra és anterior al termini de prescripció de possibles infraccions urbanístiques, sense que consti anotació preventiva per incoació d'expedient de disciplina urbanística. A més, és evident que l'edificació l'antiguitat de la qual s'acredita està dins de la finca sobre la qual es declara aquesta (defecte assenyalat en la qualificació), ja que el plànol i la descripció cadastrals identifiquen la parcel·la amb el mateix número, que també és el que consta a l'escriptura.

Resolució de 10 de febrer de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2338)

Denega la inscripció d'una escriptura de donació d'habitatge unifamiliar atorgada només pels pares, com a donants (que havien declarat l'obra sis anys abans sense assegurança decennal, per manifestar que es tractava d'habitatge per a ús propi) i com a representants legals de les donatàries, les seves filles menors d'edat.

La Direcció confirma la qualificació negativa i entén que les obligacions relatives a l'assegurança decennal (i els requisits d'exempció de l'autopromotor) són també aplicables a les donacions. En el cas resolt, en no haver transcorregut deu anys des de la declaració d'obra, cal que les donatàries alliberin els donants de l'obligació de constituir l'assegurança (exoneració que ha de ser manifestada per defensor judicial, en existir conflicte d'interessos entre les parts) i que els donants acreditin que l'habitatge ha estat utilitzat per a ús propi.

PLUSVÀLUA MUNICIPAL

Resolució de 7 de desembre de 2013 (BOE 20, 23-I-14: 664)

La comunicació realitzada pel Notari autoritzant a la Federació Espanyola de Municipis i Províncies, a l'empara de l'acord entre aquesta Federació i el Consell General del Notariat relatiu a la gestió de l'Impost sobre l'Increment de Valor dels Terrenys de Naturalesa Urbana, no és suficient a efectes d'aixecar el tancament registral imposit per l'art. 254 LH.

Aquesta Federació és una associació voluntària d'ens locals que, per tant, no és Administració Pública. El Consell del Notariat és una corporació de Dret Públic. Però el que és transcendent és que cap de les dues parts té la condició d'Administració Tributària. El que cal acreditar és la recepció per part de l'Ajuntament. I no hi ha cap inconvenient en el fet que la comunicació es faci personalment, justificant l'enviament per correu certificat

(Resolució de 3 de juny de 2013) o telemàticament, sempre que l'Ajuntament tingui habilitat aquest mitjà i no hi hagin dubtes de la recepció per part d'aquest.

PRINCIPI DE PRIORITAT

Resolució de 31 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1816)

La Resolució de 5 d'agost de 2013 (BOE 229, 24-IX-13: 9925) havia revocat la inicial qualificació negativa d'un canvi de domicili social. Presentat de nou el títol a inscripció, el Registrador Mercantil torna a qualificar negativament, però ara per constar presentats manaments judicials que ordenen mesures cautelars contradictòries amb el títol: anotació preventiva de demanda i suspensió de la inscripció del canvi de domicili.

La Direcció confirma la suspensió de la inscripció. Recorda la seva doctrina que matisa el principi de prioritat en l'àmbit mercantil. El Registrador Mercantil ha de tenir en compte a l'hora de qualificar no només els documents inicialment presentats, sinó també els autèntics i relacionats amb aquests, fins i tot presentats després, amb l'objecte d'aconseguir més encert en la qualificació i evitar inscripcions inútils i ineficaces. El principi de prioritat no té el mateix fonament ni abast al Registre de la Propietat (un registre de béns, en què els títols que sobre aquests recaiguin o bé són incompatibles o bé gaudeixen entre si de preferència segons el moment de la seva presentació) que al Registre Mercantil (un registre de persones, en què normalment s'inscriuen acords i decisions del subjecte inscrivible). Per tant, encara que l'art. 10 RRM fa una formulació d'aquest principi (que no apareix a nivell legal), en la seva aplicació s'ha d'interpretar restrictivament, atesa la naturalesa i la funció del Registre Mercantil i l'abast de la qualificació, en què els principis de legalitat i legitimació tenen força de llei (CCom.). En el cas resolt, no es planteja cap problema de prioritat, sinó de legalitat.

PROCEDIMENT REGISTRAL

Resolució de 20 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1544)

Resolució de 30 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1812)

Deneguen la inscripció de títols subjectes a impost d'ITP-AJD per haver-se presentat l'autoliquidació (i, a més, haver-se justificat el pagament a la Resolució de 30 de gener i la sol·licitud d'ajornament a la Resolució de 20 de gener) en una comunitat autònoma territorialment incompetent per ser diferent de la de la situació de l'immoble, fet que no és suficient per aixecar el tancament registral de l'art. 254 LH. Davant d'aquesta eventualitat, el Registrador pot optar per realitzar l'assentament de presentació i suspendre la qualificació (Resolució de 30 de gener) o per qualificar unitàriament el títol presentat (Resolució de 20 de gener, la qualificació negativa de la qual és confirmada per la Direcció, segons arguments exposats a l'epígraf sobre hipoteques).

Resolució de 30 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1811)

Denega la realització d'un nou assentament de presentació corresponent a un títol que ja abans havia estat objecte de primera presentació, qualificació negativa i recurs governatiu desestimat.



La facultat concedida per l'art. 108 RH (segons el qual, un cop caducat un primer assentament de presentació, és possible tornar a presentar el títol en demanda de nova qualificació, amb tancament registral a títols posteriors) és excepcional i pot emparar un abús del dret incompatible amb les exigències de la seguretat jurídica. No es pot realitzar un nou assentament de presentació d'un títol la qualificació negativa del qual hagi estat ja objecte de recurs governatiu o judicial, ja que en tots dos casos la resolució que recaigui serà definitiva. La nova presentació no és admissible: ni durant la litispendència del recurs, ja que aleshores continua vigent l'assentament de presentació i no es pot duplicar el procediment registral; ni tampoc un cop recaiguda la resolució governativa que hagi esdevingut ferma per falta d'impugnació judicial en dos mesos.

Resolució de 3 de febrer de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2124)

Admet l'expedició d'una certificació d'inscripció d'herència el sol·licitant de la qual és un Advocat que té instat un procediment d'execució de títols judicials dimanant de compte d'Advocat, que se segueix contra l'herència jacent de determinada causant.

L'interès que dona dret a accedir al Registre ha de ser directe, conegut i legítim. També patrimonial (el sol·licitant té o espera tenir una relació patrimonial per a la qual és rellevant la informació). Al Registre de la Propietat, l'interès s'ha de provar a satisfacció del Registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. A més, entén la Direcció (sobre la base de la STC de 20 de novembre de 2000) que les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per a les finalitats pròpies de la institució registral, que segons la Instrucció DGRN de 17 de febrer de 1998 són la investigació jurídica, patrimonial i econòmica encaminada a la contractació o a la interposició d'accions judicials, però no la investigació privada de dades no patrimonials, que només podran ser objecte de publicitat segons les normes sobre protecció de dades, la qual cosa s'ha de tenir molt en compte respecte de peticions de publicitat relatives a l'històric registral no vigent. Així doncs, és el Registrador qui ha de qualificar si és procedent o no expedir la informació i quines dades inscrites pot incloure o n'ha d'excloure.

L'interès acreditat en el cas resolt és legítim i patrimonial, i la certificació podrà estendre's a tot el contingut necessari per instar els corresponents procediments judicials (sense ànim exhaustiu: data i lloc de defunció del causant, dades de l'escriptura de testament, estipulacions no personals d'aquest, dades de l'escriptura d'herència, estipulacions d'aquesta referides a l'adquisició hereditària, etc.).

Resolució de 13 de febrer de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3020)

Resolució de 17 de febrer de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3022)

Un cop realitzat un assentament, el recurs governatiu ja no és una via apropiada per conèixer de la pretensió que té per objecte determinar la validesa o invalidesa del títol inscrit. El recurs només és procedent contra qualificacions negatives, però no és mitjà hàbil per declarar la nul·litat d'assentaments ja realitzats, que es troben sota la salvaguarda dels tribunals.

En aplicació d'aquesta doctrina consolidada:

- La Resolució de 13 de febrer desestima el recurs contra la inscripció (ja realitzada) d'un dret de penyora sobre drets de crèdit derivats d'una concessió administrativa.
- La Resolució de 17 de febrer desestima el recurs contra la negativa registral a «determinar la nul·litat absoluta» d'un excés de cabuda ja realitzat (i assentaments posteriors a aquest). A més, la sol·licitud es formula mitjançant un document privat, que no és títol apte per causar assentament de presentació, tret de les excepcions legals (art. 3 LH i 420-1 RH).

Resolució de 18 de febrer de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3340)

Admet la inscripció d'una actuació de represa de tracte, i desestima per falta de motivació la denegació d'inscripció d'una quota de finca i d'un defecte de cabuda.

És doctrina reiterada que les qualificacions negatives hagin de tenir una motivació suficient per tal que l'interessat conegui els defectes i fonaments jurídics adduïts i pugui al·legar així, al seu torn, els fonaments en què basa les seves al·legacions. En la qualificació recorreguda, s'invoca la infracció de normes, però no s'argumenta en què consisteix.

PROHIBICIÓ DE DISPOSAR

Resolució de 18 de desembre de 2013 (BOE 29, 3-II-14: 1115)

Es refereix a una donació de diners en què la donant (titular exclusiva de la pàtria potestat) estableix que la donatària per ella representada requerirà el seu consentiment per alienar o gravar una finca comprada en la mateixa escriptura, en part amb els diners donats.

La Direcció denega la inscripció d'aquesta prohibició de disposar per recaure sobre un bé diferent d'aquell sobre el qual es pretén l'establiment de la prohibició. Les prohibicions que tenen abast purament obligacional i no són inscrivibles no són només les imposades en actes onerosos, sinó també les imposades en actes de causa mixta (Resolució de 19 de juliol de 1973), com seria per exemple una venda per preu inferior al de mercat. No es tracta de discutir la validesa o nul·litat de la prohibició, sinó de denegar-ne la inscripció i concedir-li només efecte obligacional, perquè qui la imposa no ha tingut mai la capacitat de disposició sobre la finca, sinó que neix d'un acte de caràcter mixt.

La Direcció tampoc no admet l'al·legació que la prohibició afecta la finca pel principi de subrogació real, ja que aquest no té com a resultat modificar la condició jurídica d'un bé, sinó sotmetre el bé nou a l'afectació o obligació de restituir que subjectava el bé anterior, per tant (tret d'excepcions legals expresses), actua sempre respecte de patrimoni, no de béns singulars. I en qualsevol cas, caldria conveni entre les parts i no mera imposició de la donant.

PROPIETAT HORITZONTAL I CONJUNT IMMOBILIARI

Resolució de 15 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1542)

Admet la inscripció d'uns estatuts de propietat horitzontal que permeten dividir, segregar i agrupar departaments sense necessitat d'autorització de la Junta.



Resolucions

La Registradora ho havia denegat per entendre que la Llei 8/2013 ha derogat l'art. 8 LPH i que actualment són aplicables els art. 10-3 (que exigeix autorització administrativa per a aquestes operacions) i 17 (que exigeix unanimitat per modificar el títol constitutiu). La Direcció no entra en el fons de l'assumpte i no considera aplicable la Llei esmentada, perquè la seva entrada en vigor es va produir el 28 de juny de 2013, mentre que l'escriptura és del 25 de juny anterior.

Resolució de 21 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1545)

Denega la inscripció d'una escriptura en la qual es diu constituir una propietat horitzontal tombada per entendre que realment s'està constituint un complex immobiliari privat, que necessita autorització administrativa (art. 17-6 LS).

La diferència bàsica entre totes dues figures rau en el règim organitzatiu de la propietat. A la propietat horitzontal tombada es manté la unitat jurídica i funcional de la finca, en romandre sòl i volada com a elements comuns, sense fraccionament jurídic del terreny. Al complex immobiliari, existeixen finques o edificacions jurídicament i físicament independents, però sotmeses a un règim d'organització unitària de la propietat, en participar en comunitat en altres elements instrumentals vinculats, no necessàriament immobles (de fet, el complex immobiliari és possible sobre una sola finca registral, segons l'art. 17-3 LS). En el cas resolt, hi concorren les notes definitòries d'un complex immobiliari privat: si bé no hi ha una finca independent la titularitat per quotes de la qual estigui vinculada a elements privatis, *de facto* s'aconsegueix el mateix resultat mitjançant l'atribució a cada un d'una part del sòl no edificat no en règim de mer ús exclusiu, sinó com a annex privatiu, fet que comporta un dret de propietat ple, exclusiu i excloent (art. 3 LPH). És a dir, existeix una verdadera divisió de terreny. A més, encara que la legislació autonòmica aplicable (Canàries) no sotmet divisió horitzontal a l'obtenció de llicència expressa, és doctrina consolidada (vegeu epígraf sobre divisió i parcel·lació) que el concepte de *parcel·lació urbanística* ha transcendit l'estricta divisió material de la finca per assolir la divisió ideal del dret i, en general, tots els supòsits en què, mantenint-se formalment la unitat de l'immoble, es divideix la titularitat o el gaudi.

D'altra banda, també s'exigeix certificat municipal per fer constar que una finca inscrita com a rústica és en realitat urbana en la part ocupada per una edificació. En via de principi, seria títol idoni per a això la certificació cadastral descriptiva i gràfica en què així es reflecteix (art. 7 de la Llei del Cadastre), però sempre que el Registrador no tingui dubtes sobre la correspondència amb la finca registral, cosa que no succeeix en aquest cas, pel fet d'existir discordances respecte de la superfície i els números de parcel·la que figuren al Registre.

Resolució de 27 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1803)

Denega la inscripció de la rectificació de les delimitacions d'un local en propietat horitzontal atorgada només pels propietaris d'aquest, els quals al·leguen que hi va haver error descriptiu en l'escriptura de divisió horitzontal que es va arrossegar a la inscripció.

La rectificació pretesa requereix, a més del consentiment del titular registral, el dels titulars dels elements adjacents als quals pugui afectar indirectament la rectificació (art. 20 i 40 LH), com també acord previ de la Junta de Propietaris, quant

a modificació del títol constitutiu que pugui afectar elements comuns (art. 5, 7, 10 i 17 LPH).

Resolució d'1 de febrer de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2121)

Denega la inscripció d'una divisió de local integrat en propietat horitzontal per falta de consentiment de la Junta. Consta inscrita la reserva estatutària de la facultat unilateral de dividir o agrupar unilateralment, però atribuïda expressament als promotors o antics propietaris del sòl, mentre que els que avui divideixen són els seus causahavents.

És doctrina de la Direcció que és possible la segregació o divisió de departaments sense autorització de la Junta quan aquesta facultat s'ha atribuït anticipadament als estatuts, però el principi d'especialitat imposa que tota reserva de facultats hagi de ser objecte d'interpretació estricta, cosa que inclou la seva titularitat. Tant abans com després de la reforma de la LPH operada per la Llei 8/2013 (de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes), la solució de l'art. 17 és la mateixa: llevat de les excepcions establertes en aquest article, per modificar el títol constitutiu o els estatuts, cal unanimitat expressa o presumpta de la Junta de Propietaris (la Direcció omet qualsevol referència al nou art. 10-3-b, que per a aquestes operacions exigeix autorització administrativa però redueix la majoria a tres cinquens).

Resolució de 6 de febrer de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2334)

Admet la inscripció de la venda d'un departament (dret de volada) a la comunitat de propietaris en propietat horitzontal, representada pel seu Vicepresident, amb expressió simultània que, en compliment d'acord de junta, el departament venut se suprimeix com a entitat hipotecària independent i passa a ser un element comú, la quota del qual s'atribueix a un altre departament privatiu, i se'n modifica la descripció amb el consentiment dels propietaris compareixents.

Certament, la propietat horitzontal és objecte de consideració unitària per a certs efectes legals per l'existència d'un patrimoni separat col·lectiu: pot ser titular de fons i crèdits comuns (art. 9-1-f i 22-1 LPH); obligacions (art. 10-1 i 22-1 LPH), o arrendament d'elements comuns (art. 17-1a-2 LPH). També té capacitat processal per ser demandant i demandada (art. 13-3 LPH) i, com a projecció d'això, pot ser titular d'anotacions preventives cautelars i d'execució, com la d'embargament (art. 21-5 LPH). Però no té personalitat jurídica i per això no es pot inscriure a nom seu la propietat o altres drets reals, que són assentaments de caràcter definitiu.

Però, no obstant això, el que realment s'està formalitzant en el títol qualificat és la transformació d'un element privatiu en comú, mitjançant el corresponent acte d'afectació i modificació del títol constitutiu, que és acte col·lectiu de la Junta, que necessita, a més, el consentiment del propietari de l'element privatiu transformat.

Resolució de 7 de febrer de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2336)

Admet la inscripció d'una sentència que obliga la propietària d'un local a permetre per aquest l'exercici d'una servitud de pas, la constitució de la qual va ser acordada en junta a fi d'eliminar barreres arquitectòniques. La sentència obliga a suportar la servitud fins que es creï un pas des de la via pública, que està previst al projecte i a la llicència d'edificació.



No és una servitud perpètua (i no s'infringeix, per tant, el principi d'especialitat), sinó temporal i subjecte a la condició expressada. Tampoc no hi ha indeterminació quant al seu titular. Les servituds estan incloses en l'enumeració d'elements comuns que fa l'art. 396 CC. Així, recau sobre aquest tipus de dret una copropietat de tots els titulars privatis de l'immoble en consideració a les seves quotes.

RECTIFICACIÓ I ESMENA

Resolució de 4 de febrer de 2014 (BOE 50, 27-III-14: 2126)

Denega la rectificació d'una inscripció d'agrupació pretesa per qui no és el titular, en el sentit de deixar fora d'aquesta una finca que el sol·licitant considera seva.

El recurs només és procedent contra qualificacions negatives, però no és mitjà hàbil per decidir sobre la procedència o no d'assentaments ja realitzats, que es troben sota la salvaguarda dels tribunals i produeixen tots els seus efectes mentre no se'n declari la inexactitud, ja sigui per consentiment de tots els interessats o bé judicialment.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Resolució d'11 de desembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 776)

Denega la realització d'una anotació preventiva d'embargament sobre la meitat indivisa d'un bé corresponent a un cònjuge casat en règim consorcial aragonès a instàncies de l'altre cònjuge. Encara que a la interlocutòria hi consta que actualment estan divorciats, no hi consta la liquidació del consorci.

Estén al règim consorcial aragonès la doctrina consolidada de la Direcció emanada respecte de la societat de guanys. Mentre no consti inscrita la liquidació dels guanys, no existeixen porcions indivises que cada un sigui titular. La societat conjugal és una comunitat germànica en què cada cònjuge és titular d'un dret indeterminat sobre la totalitat dels béns de guanys. En matèria d'embargament de béns de la societat de guanys en liquidació, existeixen tres supòsits:

- Embargament de béns concrets de la societat de guanys en liquidació: exigeix que les actuacions processals se segueixin contra tots els titulars (art. 20 LH), que si escau serien els hereus del cònjuge premort (art. 144-4t RH).
- Embargament de la quota global que correspon a un cònjuge en la total massa patrimonial: les actuacions poden seguir-se només contra el cònjuge deutor i es resoldran en anotació només sobre els béns que s'especifiqui al manament judicial en la part que correspongui al dret del deutor (art. 166-1 *in fine* RH), de manera que, si després aquests béns no se li adjudiquen a ell, l'anotació quedaria estèril, però no la trava, ja que l'embargament es projectaria sobre els béns adjudicats efectivament.
- Embargament dels drets que poden correspondre a un cònjuge sobre un concret bé de guanys, un cop dissolta la societat conjugal: les actuacions es poden dirigir només contra el cònjuge deutor, però si després el bé no se li adjudica a ell, la trava quedaria estèril.

Resolució de 19 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1001)

Admet la inscripció d'una interlocutòria judicial que homologa una transacció sobre liquidació de societat de guanys, malgrat incloure una finca adquirida per meitats indivises abans del matrimoni. Es tracta del que va ser habitatge familiar, es van destinar fons comuns per pagar-lo i es troba gravat amb una hipoteca que a l'inventari es diu *de guanys*.

Certament, és doctrina consolidada de la Direcció que el principi de legalitat hipotecària exigeix titulació pública (art. 3 LH), la qual cosa s'ha d'interpretar com el tipus de títol (executòria o escriptura pública) congruent amb l'acte inscrivible, i que l'efectivitat del conveni regulador és merament liquidatòria del règim econòmic conjugal, sense que sigui possible estendre'l a altres actes amb significació negocial pròpia, que requeririen escriptura pública. Però també és doctrina consolidada que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar és contingut mínim del conveni regulador (art. 90-c CC), que és títol hàbil a aquests efectes, amb independència del caràcter de l'habitatge. En el cas resolt, és evident l'afecció de l'habitatge a les necessitats del matrimoni.

Tampoc resulta aplicable el requisit formal de l'últim incís de l'art. 810-4 LEC (que preveu la protocol·lització de l'acord assolit pels cònjuges compareixents en el procediment de liquidació del règim matrimonial), i serà suficient l'aprovació judicial de la transacció o conveni (llevat que el Jutge hagués exigít expressament la protocol·lització).

Resolució de 24 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1550)

Denega la inscripció d'una escriptura pública atorgada a Holanda, de liquidació de comunitat conjugal holandesa després de divorci, acompanyada de conveni regulador.

Primer, perquè, juntament a la traducció original postil·lada, es presenta mera fotocòpia de l'original sense postil·la. El títol presentat a inscripció a Espanya ha de reunir els requisits de les normes hipotecàries espanyoles per aplicació de la norma de conflicte espanyola relativa a béns immobles (art. 12-1 i 10-1 CC).

Segon, perquè el conveni regulador no té signatura notarial. S'adjunta a l'escriptura, però no s'incorpora ni, per tant, forma part d'aquesta, sinó que és un document privat complementari que s'ha de testimoniar almenys notarialment per acreditar indubtablement la seva autenticitat.

I tercer, perquè els números de passaport del títol no coincideixen amb els inscrits. Certament, les formes i solemnitats del document estranger es regeixen per la llei del seu atorgament (art. 12-1 i 11 CC). El recurrent al·lega que, a Holanda, el passaport caduca cada cinc anys i, en renovar-lo, canvia el número. Però la Direcció entén que aquesta circumstància no resulta de l'escriptura i constitueix una al·legació de Dret estranger que, a falta de coneixement personal per part del Registrador, s'ha d'acreditar pels mitjans de l'art. 36 RH.

Resolució de 31 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1814)

Admet una immatriculació mitjançant escriptura d'aportació a guanys precedida d'una adquisició hereditària per part del cònjuge aportant atorgada vint-i-un dies abans.



Resolucions

És doctrina consolidada l'admissió de qualsevol desplaçament patrimonial entre els cònjuges i, per tant, entre els seus patrimonis privatis i el consorcial, sempre que es produeixin per un mitjà legítim (i entre ells hi ha l'aportació a una comunitat de béns no personalitzada jurídicament) i constin tots els elements constitutius de l'aportació i, entre ells, s'expressi o es dedueixi del títol la causa.

L'aportació a guanys té virtualitat immatriculadora, ja que comporta un verdader desplaçament patrimonial d'un bé privatiu a la massa de guanys, que és un patrimoni col·lectiu separat amb un règim propi de gestió i disposició. Les resolucions que han denegat la immatriculació mitjançant aportació han apreciat la creació d'una documentació artificial *ad hoc* a aquests efectes, circumstància que no es pot apreciar en el supòsit d'aquesta Resolució.

REPRESENTACIÓ

Resolució de 22 de febrer de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3344)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda atorgada el 1992, en la qual, respecte de l'apoderada dels venedors, el Notari autoritzant ressenya les dades significatives del poder, manifesta que s'inclourà a les còpies que s'expedeixin i enjudicia favorablement la capacitat dels atorgants. Ara es presenta a inscriure l'escriptura, però no s'inclou la còpia del poder.

Encara que fos aplicable l'art. 98 de la Llei 24/2001, no seria procedent la inscripció pel fet de faltar el judici notarial de suficiència de facultats representatives en relació amb les concretes facultats que es pretenen exercir, que tampoc no es ressenyen ni s'identifiquen en cap forma. Però és que, a més, no és procedent l'aplicació de l'esmentat art. 98 perquè cal aplicar al títol la normativa vigent en el moment de la seva autorització, i la redacció aleshores vigent del Reglament Notarial exigia inserir el poder, incorporar-lo o incloure'l a la còpia. Al títol qualificat, es va optar per l'última opció, i així resulta obligatòria la seva aportació.

SOCIETATS MERCANTILS

ADMINISTRADORS

Resolució de 16 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 999)

Denega la inscripció d'una escriptura per la qual una mateixa persona declara renunciar, respecte de dues societats limitades, al càrrec de vocal del Consell d'Administració i «cessar en tots els càrrecs que [...] ostenti [en aquestes] i constin o puguin constar inscrits al Registre Mercantil». Per al Registrador, la renúncia és incongruent amb l'història registral, ja que el renunciat consta inscrit com a administrador solidari en una societat i mancomunat en una altra. Però la Direcció considera patent la voluntat de l'interessat de renunciar a tots els càrrecs d'administrador i declara inscrivible la renúncia respecte dels càrrecs inscrits, si bé exigeix per a això la sol·licitud d'inscripció parcial, mentre no es pugui inscriure el cessament en el càrrec de conseller encara no inscrit.

D'altra banda, com que el reconeixement registral de la renúncia d'administradors està supeditat a la prèvia comunicació

feient a la societat (art. 147 i 192 RRM), la Direcció tampoc no considera correctament realitzada la notificació del supòsit, intencionalment acta notarial de simple remissió de document per correu certificat, retornat en un cas per «desconegut» i en l'altre per «absent de repartiment», sense que fossin posteriorment retirats en termini. L'acta de l'art. 201 RN no canvia els efectes de la notificació, que seran els generals de les cartes certificades amb acusament de recepció al RD 1829/1999, Reglament de Serveis Postals, i d'aquesta norma no resulta que la devolució del correu produeixi els efectes d'una notificació (remet a la doctrina de la Resolució de 30 de gener de 2012, *infra*). L'art. 202 RN ofereix una altra possibilitat que assegura en major grau la recepció per part del destinatari: havent resultat infructuós l'enviament postal, el Notari ha de procurar notificar presencialment en els termes d'aquest article, la qual cosa sí que produeix els efectes d'una notificació.

Resolució de 28 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1806)

Denega la inscripció al Registre de Béns Mobles d'una pòlissa de resolució d'arrendament financer sobre un vehicle perquè, després de ressenyar les dades identificatives de l'escriptura de nomenament de l'administrador de la societat arrendatària, el Notari es limita a indicar que consta inscrita al Registre Mercantil (sense dades d'inscripció).

Reitera doctrina consolidada. El nomenament dels dos administradors té efectes des del moment de l'acceptació, i la inscripció al Registre Mercantil és obligatòria, però no constitutiva. No hi ha cap precepte que imposi la prèvia inscripció al Registre Mercantil del càrrec social o del poder general com a requisit d'inscripció en altres registres dels actes realitzats en exercici d'aquesta representació. El que succeeix és que, si la representació consta inscrita, gaudeix de presumpció de validesa i exactitud, el Registrador Mercantil haurà qualificat favorablement la seva regularitat i, per tant, n'hi haurà prou amb completar la ressenya identificativa del document representatiu amb les dades de la seva inscripció. En canvi, si el títol no recull les dades d'inscripció de la representació, haurà de ressenyar les dades i els documents que posin de manifest la vàlida designació del representant, per haver estat nomenat amb els requisits legals i estatutaris per l'òrgan social competent, degudament convocat i vigent en el moment del nomenament, incloent-hi l'acceptació del nomenat i, si escau, la notificació o el consentiment dels titulars dels anteriors càrrecs inscrits.

Resolució de 10 de febrer de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2337)

Primer es va presentar al Registre Mercantil una escriptura de canvi de l'administrador original per un altre i trasllat del domicili social, que va ser qualificada negativament. Durant la vigència del seu assentament de presentació, es presenta i s'inscriu una altra escriptura per la qual es nomena administrador una tercera persona diferent de les anteriors. Ara es torna a presentar l'escriptura original esmenada, però la seva inscripció es denega per falta de tracte successiu: figura com a administrador inscrit una persona diferent del cessant. La Direcció desestima el recurs contra aquesta última qualificació negativa: el recurs governatiu no és via apropiada per cancel·lar assentaments ja realitzats, car estan sota la salvaguarda dels tribunals.

Resolució d'11 de febrer de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2340)

Primer es va presentar una escriptura de canvi d'administrador únic, que va ser qualificada negativament. Durant la vigència del seu



assentament de presentació, es presenta i s'inscriu una altra escriptura anterior per la qual es nomenava administrador una tercera persona diferent de les anteriors. Ara es presenta una tercera escriptura d'elevació a públic d'acords de junta pels quals: es confirma el canvi d'administrador de la primera escriptura; es revoca qualsevol mandat, poder o representació conferit anteriorment per la Junta a qualsevol altra persona, i, en especial, es declara nul·la la junta que va nomenar l'administrador encara inscrit.

La Direcció denega la inscripció d'aquesta tercera escriptura per falta de tracte successiu, en figurar com a administrador inscrit una persona diferent del cessant, sense que el recurs governatiu sigui via apropiada per cancel·lar assentaments ja realitzats, que estan sota la salvaguarda dels tribunals (concretament, el recurrent demana la cancel·lació del nomenament de l'administrador que consta inscrit, per haver accedit al Registre sota la vigència d'un assentament de presentació contradictori). D'altra banda, la revocació de qualsevol poder o representació correspon a l'òrgan d'administració i no a la junta general.

Resolució d'11 de febrer de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3016)

Denega la inscripció al Registre de la Propietat d'una venda efectuada per l'administrador solidari d'una societat perquè la inscripció del seu nomenament al Registre Mercantil va ser denegada per falta de presentació de comptes socials. El Notari autoritzant de la venda expressa que té a la vista la qualificació mercantil denegatòria de la inscripció del càrrec, si bé emet judici de suficiència de facultats representatives.

El nomenament dels administradors té efectes des del moment de l'acceptació, i la inscripció al Registre Mercantil és obligatòria, però no constitutiva. No hi ha cap precepte que imposi la prèvia inscripció al Registre Mercantil del càrrec social o del poder general com a requisit d'inscripció al Registre de la Propietat dels actes realitzats en exercici d'aquesta representació. El que succeeix és que, si la representació consta inscrita, gaudeix de presumpció de validesa i exactitud, el Registrador Mercantil haurà qualificat favorablement la seva regularitat i, per tant, n'hi haurà prou amb completar la ressenya identificativa del document representatiu amb les dades de la seva inscripció. En canvi, si el títol no recull les dades d'inscripció de la representació, haurà de ressenyar les dades i els documents que posin de manifest la vàlida designació del representant, per haver estat nomenat amb els requisits legals i estatutaris per l'òrgan social competent, degudament convocat i vigent en el moment del nomenament, incloent-hi l'acceptació del nomenat i, si escau, la notificació o el consentiment dels titulars dels anteriors càrrecs inscrits

CAPITAL SOCIAL

Resolució de 10 de desembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 775)

Denega la inscripció de dues reduccions de capital social acordades successivament en la mateixa junta per unanimitat de tots els socis. La primera reducció suposa l'amortització de participacions amb devolució d'aportacions a determinats socis. La segona es deu a pèrdues socials i implica l'amortització parcial de participacions de tots els socis sense devolució d'aportacions. El capital social està sotmès legalment a un control ferri, ja que compleix una funció de garantia davant de socis i tercers.

La Direcció, davant la parquedat de la normativa societària espanyola, atorga valor de principi general a l'axioma «*Primer és pagar que heretar*». La primera reducció de capital suposa *de facto* una liquidació parcial de la societat, que queda en situació de reducció de capital per imperatiu legal (art. 317 i 320 LSC). Suposa una entrega anticipada a certs socis, en contravenció de l'art. 321 LSC, que prohibeix que la reducció de capital per pèrdues doni lloc a reemborsaments als socis. El procediment utilitzat és, si no fraudulent, almenys inadmissible.

Resolució de 20 de desembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1003)

Denega la inscripció d'una escriptura de reducció del capital social a zero per pèrdues, amb simultani augment en la quantitat estrictament necessària per tal que la societat deixi d'incórrer en causa legal de dissolució conforme a l'art. 363-1-e LSC. Els estatuts exigeixen que els acords relatius a l'augment o reducció del capital siguin adoptats per socis que representen el 80% del capital, llevat que estiguin exigits per imperatiu legal. En el supòsit, ha votat a favor el soci que representa el 77,50% del capital i en contra el soci que representa el 22,50% restant.

Per a la Direcció, la reducció per pèrdues no s'inclou entre els supòsits estatutàriament exceptuats de l'exigència de majoria reforçada. La reducció de capital no es pot considerar obligatòria quan la societat té altres alternatives (augment, aportacions dels socis al patrimoni social, transformació, dissolució, etc.). D'altra banda, els estatuts debatuts es limiten a exceptuar del quòrum del 80% els casos de modificació del capital per imperatiu legal, però sense establir per a aquests un altre quòrum, per tant, resultaria aplicable el que s'estableix amb caràcter general, és a dir, un terç del capital social, que contravé la majoria legal reforçada de l'art. 199 LSC, la qual pot ser ampliada però no disminuïda. L'excepció prevista als estatuts només es pot entendre aplicable a les adaptacions estatutàries al vigent Dret Societari, estatal o comunitari.

Resolució de 3 de febrer de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2125)

Denega la inscripció d'una reducció de capital per pèrdues i subsegüent augment de capital per falta de verificació per auditor del balanç aportat.

En la reducció de capital per pèrdues, la verificació del balanç per auditor exigida per l'art. 323 LSC (i, en general, les mesures protectores imposades per la Llei) només és procedent si els interessos de socis i creditors es troben en situació de patir perjudici. Així, és possible excloure la verificació de comptes: pel que fa als socis, quan concorre el seu consentiment unànim, i pel que fa als creditors, quan els seus interessos estiguin salvaguardats per mantenir-se o inclús enfortir-se el capital social a conseqüència del conjunt d'operacions que es pretén registrar. No obstant això, en el cas resolt, no resulta aplicable aquesta exempció, ja que el capital resultant de l'augment és inferior a l'existent abans de la reducció.

DIPÒSIT DE COMPTES

Resolució de 7 de desembre de 2013 (BOE 20, 23-I-14: 663)

Resolució de 9 de desembre de 2013 (BOE 20, 23-I-14: 665)

La societat dipositant pot elegir la modalitat legal de presentació: telemàtica, CD/DVD o paper. Els comptes presentats d'una



Resolucions

forma es poden esmenar d'una altra, però el que no es pot fer en cap cas és presentar simultàniament els comptes en diferents suports.

En el cas resolt, es denega el dipòsit d'uns comptes presentats en un CD en què es fa constar que existeixen partides mediambientals, però acompanyades d'un escrit en què els administradors expliquen que no existeixen aquestes partides. Per a la Direcció, no es tracta d'una esmena, perquè no es fa referència a un error sofert al CD, sinó que estem davant la presentació simultània de dos documents (digital i en paper) evidentment contradictoris.

Resolució de 8 de gener de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1194)

Denega el dipòsit de comptes d'una societat limitada perquè, en el document que es presenta juntament amb els comptes, els auditors manifesten no poder expressar cap opinió sobre els comptes adjunts, pel fet d'existir «limitacions a l'abast de la nostra auditoria». En el cas d'haver estat causada aquesta limitació per la mateixa societat auditada, es desvirtuaria la finalitat del dipòsit de comptes, com a instrument d'informació de socis i tercers.

Resolució de 10 de gener de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1198)

Contrasta amb la Resolució anterior. Admet el dipòsit de comptes pretès, malgrat que els auditors també manifesten no poder expressar cap opinió sobre els comptes adjunts, si bé en aquest cas pel fet d'existir una «incertesa significativa» sobre la capacitat de la societat per continuar amb les seves operacions; a més, es diu que podrien existir, per als anys oberts a inspecció, determinats passius fiscals; es constata també la falta d'auditoria dels comptes d'exercicis anteriors. Cap d'aquests motius que impedeixen a l'auditor expressar la seva opinió pot ser imputat a la societat, de manera que la denegació del dipòsit dels comptes no només en desvirtuaria la finalitat, sinó que sostrauria als socis i tercers una informació mercantil rellevant.

Resolució d'11 de gener de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1199)

Denega la inscripció d'una escriptura de cessament d'administrador únic i nomenament d'un de nou. El full de la societat està tancat per falta de dipòsit de comptes, per tant, en aplicació dels art. 282 LSC i 378 RRM, no és possible la inscripció del nou administrador. Com a excepció, aquestes normes sí que permeten inscriure el cessament o la dimissió dels anteriors administradors, sense que en el cas resolt la societat quedi acéfala, atès que ja s'ha procedit al nomenament d'un nou administrador, que, si bé encara no és inscrivible, produeix efectes des de la seva acceptació (art. 214-3 LSC). El que passa és que la Direcció denega també la inscripció del cessament perquè no hi ha sol·licitud d'inscripció parcial.

Resolució de 30 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1813)

Tradicionalment, la Direcció havia estat entenent que sempre que hi havia obligació de verificar comptes (ja sigui legalment o a sol·licitud de la minoria) calia elaborar informe de gestió. Però aquesta doctrina canvia arran d'aquesta Resolució.

La llei vincula l'obligació d'elaborar informe de gestió a la impossibilitat de formular comptes i estat patrimonial abreviats, però no a l'obligació de verificar comptes. Això ja era així en la versió original de la LSC (art. 263 i 268), però ara resulta encara

més clar, després de la modificació introduïda per la Llei d'Emprenedors de 2013, que modifica els art. 257 i 263 LSC. La nova redacció distingeix perfectament entre els llistats que permeten formular balanç i estat patrimonial abreviats (que es modifiquen perquè més societats es puguin acollir a aquesta via simplificada) i els llistats que obliguen a verificar els seus comptes per excidir dels mínims legals, però que, tanmateix, poden formular els seus comptes de manera abreviada per no assolir els nous límits de l'art. 257-2. Aquestes societats, malgrat estar obligades a verificar els seus comptes, no ho estan a presentar informe de gestió (art. 262-3).

DISSOLUCIÓ

Resolució de 13 de gener de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1541)

Admet la inscripció del pacte estatutari d'una societat limitada pel qual es preveu la seva dissolució «per mort de tots els socis actuals i cònjuges d'aquests».

A diferència de les societats personalistes, en les de capital la defunció d'un soci no suposa la dissolució, ja que la condició de soci es transmet a l'hereu o legatari (art. 110-1 LSC, per a les societats limitades; art. 124 LSC, per a les societats anònimes). En les societats limitades, es pot exceptuar aquesta regla mitjançant la previsió estatutària que la posició del successor sigui adquirida pels altres socis o per la mateixa societat, mitjançant el dret d'adquisició preferent previst a l'art. 110-2. Res no obsta que la societat es constitueixi per a una empresa específica (art. 363-1-b) o per temps determinat (art. 363-1-a), i pot operar la defunció de persones com a terme final cert en el què però incert en el quan.

Per tot això, la clàusula debatuda és admissible: mentre no mori l'últim del socis o cònjuges, la condició de soci s'anirà transmetent conforme hi vagi havent defuncions; a més, existeix un dret d'adquisició preferent previst als estatuts amb contingut similar al de l'art. 110-2 LSC i es té en compte que la clàusula en qüestió pot ser deixada sense efecte per la Junta en qualsevol moment, via modificació d'estatuts.

OBJECTE SOCIAL

Resolució de 29 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1810)

Reitera doctrina consolidada. La definició estatutària de l'objecte social s'ha de realitzar determinant les activitats que l'integren (art. 23-b LSC), sense que es puguin incloure a l'objecte els actes necessaris per al desenvolupament de les activitats que inclou, ni activitats de lícit comerç o anàlogues expressions genèriques. Però la Direcció ha estat entenent que n'hi ha prou amb què la determinació d'activitats acoti suficientment un sector econòmic o un gènere d'activitat mercantil, atenent al pur criteri d'activitat, sense que sigui necessària la referència a productes o a un sector econòmic més específic. Recorda, a més, que la Llei de Suport als Emprenedors (Llei 14/2013) exigeix que en la primera inscripció es faci constar el codi corresponent a l'objecte social, segons la Classificació Nacional d'Activitats Econòmiques, per facilitar la tasca dels professionals que intervenen en el procés de creació d'empreses.



En aplicació d'aquesta doctrina, la Direcció admet la inscripció, com a activitat integrant de l'objecte social, de la que consisteix a «adquirir, posseir i alienar amb finalitats d'inversió a curt, mitjà i llarg termini valors de qualsevol classe, béns mobles o immobles i, en general, formalitzar tot tipus d'operacions actives o passives amb aquests béns». D'altra banda, el mer fet que la societat tingui prevista com una de les seves activitats la compravenda de valors i, en general, la negociació per compte propi no la converteix en subjecte actiu del Mercat de Valors ni en una institució d'inversió col·lectiva, ni implica, per tant, l'aplicació de la seva rigorosa normativa específica.

TRANSFORMACIÓ

Resolució de 4 de febrer de 2013 (BOE 50, 27-II-14: 2127)

Suspèn la inscripció d'una transformació de societat limitada en anònima per falta d'aportació d'informe d'experts independents.

L'art. 18-3 LME estableix que, si les normes sobre la constitució de la societat el tipus de la qual s'adopti ho exigissin així, s'incorporarà a l'escriptura l'informe dels experts independents sobre el patrimoni social. La Direcció interpreta que aquesta obligació regeix només respecte del patrimoni no dinerari (tal com deia expressament l'anterior LSA) per diverses raons: així s'estableix en seu de constitució; no estem en cap dels casos d'excepció legal, en què s'imposa que l'informe s'estengui al patrimoni no dinerari (per exemple els art. 474 i 475 LSC, sobre constitució de societat anònima europea per transformació d'anònima espanyola); la mateixa LSC exclou l'exigència d'informe tècnic en l'aportació no dinerària quan la seva existència resulta innecessària (per exemple, quan els béns tenen un valor objectiu fixat en mercat oficial, o bé quan han estat prèviament valorats amb una altra finalitat per expert independent), i, per acabar, perquè la tendència legislativa de la Unió Europea és impulsar una política simplificadora del Dret de Societats amb reducció de tràmits prescindibles.

No obstant això, en el supòsit resolt, és exigible l'informe d'expert (art. 221-1 RRM), perquè si bé l'administrador afirma que no existeix patrimoni no dinerari, del balanç en resulta que sí que existeixen partides d'aquest tipus (comptes corrents amb empreses promotores, clients, fiances a llarg termini, etc.).

SUCCESSIONS

Resolució de 8 de gener de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1193)

Suspèn la inscripció d'una partició d'herència atorgada per només dos dels cinc hereus-legitimaris sobre la base de la previsió testamentària, per la qual, «a l'empara de l'art. 1056 CC», el testador realitza una assignació de béns concrets als hereus, «a compte [...] de l'haver que correspongui a cada adjudicatari».

La partició ha d'incloure diverses operacions, tot i que la jurisprudència (STS de 21 de juliol de 1986) manté un criteri permissiu en cas de falta d'alguna d'aquestes. En el cas resolt, no hi ha problema amb l'inventari, perquè el mateix testador descriu amb dades registrals els béns, i tampoc no és obstacle la falta d'avaluació, de la qual prescindeix el mateix testador, en disposar que s'ha de mantenir la partició realitzada encara que els lots tinguin valor desigual. No obstant això, el que sí que és exigible és la liquidació dels deutes o, almenys,

l'aclariment de què passarà amb aquests (si existeixen o no, i si han estat acceptats amb benefici d'inventari o sense), per a la qual cosa cal la intervenció de tots els hereus, llevat que s'acrediti la inexistència de deutes o la seva assumpció íntegra per part de l'atorgant.

Però és que, a més, per a la Direcció, no estem davant d'una verdadera partició feta pel causant, que seria obligatòria sempre que no perjudiqués les legítimes i que determinaria l'adquisició directa dels béns hereditaris pels hereus, sense perjudici de les accions d'impugnació. Més aviat interpreta els termes del testament com unes normes particionals (que s'hauran de tenir en compte en la futura partició), per tant, no estem davant del cas de l'art. 1056 CC, sinó del de l'art. 1057 CC: partició pels hereus, en la qual es inexcusable la intervenció de tots els legitimaris.

Resolució de 28 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1805)

Admet la inscripció d'una escriptura de manifestació de llegat atorgada només per la legatària (facultada en testament per a això) perquè, llegant el testament la part corresponent a la testadora en els baixos d'una casa i en el negoci de calçats que hi ha en aquests, allò manifestat en l'escriptura és la meitat indivisa d'una finca registral que comprèn un local de planta baixa destinat a negoci de calçat i un soterrani destinat a magatzem de mercaderia al qual només s'hi pot accedir des del local, segons es justifica amb informe tècnic.

Per a la jurisprudència, la primera norma per a la interpretació d'un testament és la literalitat de les seves paraules, si bé temperada i matisada pels elements lògic, teleològic i sistemàtic que conformen la voluntat real del testador (art. 675 CC), susceptible de ser completada per mitjans extrínsecs al testament, però que s'hi poden reconèixer. En el cas resolt, és correcte interpretar que allò llegat és també el soterrani: així s'afavoreix l'eficàcia del llegat (interpretació teleològica), ja que la propietària de l'altra meitat dels baixos amb soterrani és la legatària; una interpretació lògica aconsella entendre inclòs en el llegat tot allò relacionat amb el negoci de sabateria; sistemàticament, cap dels altres llegats del testament tenen res a veure amb aquest negoci, i el Notari que autoritza l'escriptura de llegat és el mateix que un any abans va autoritzar el testament (interpretació autèntica). A més, el soterrani no és susceptible de segregació perquè no té sortida a via pública o element comú.

Resolució de 3 de febrer de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2123)

Un ciutadà rus, que manifesta estar casat «en règim legal rus de comunitat de béns», actuant per si sol, compra una finca i tot seguit la hipoteca, amb declaració de l'apoderat del banc que l'import prestat ha estat destinat a la compra, la qual cosa li consta per haver expedit el xec amb el qual se'n va pagar el preu.

La inscripció de la compra es realitza en virtut de l'art. 92 RH, que permet inscriure a favor de cònjuges estrangers amb subjecció al seu règim econòmic matrimonial (amb indicació d'aquest, si consta al títol). La determinació d'aquest règim i l'acreditació del seu contingut i la seva vigència seran exigibles en l'alienació o el gravamen (i es podran arribar a obviar si consta el consentiment de o la demanda a tots dos).



Resolucions

No obstant això, la Direcció denega la inscripció de la hipoteca. En resultar aplicable al règim econòmic d'aquest matrimoni la llei personal comuna dels cònjuges, la inscripció de la hipoteca exigeix acreditar el contingut de la llei russa per comprovar que, segons aquesta, un sol cònjuge té facultats dispositives, o que és admissible considerar que es tracta d'un negoci jurídic adquisitiu complex i unitari equiparable a l'adquisició d'un bé gravat prèviament amb hipoteca.

Reitera la seva doctrina sobre acreditació del Dret estranger. Igual que en l'àmbit processal, també ha de ser objecte de prova en els àmbits notarial i registral, pel que fa al seu contingut i la seva vigència. Les normes processals són subsidiàries de les registrals, en aquest tema, però amb especialitats: si no se li acredita al Registrador degudament el Dret estranger, haurà de suspendre la inscripció, sense que sigui possible sotmetre la validesa de l'acte al Dret espanyol, tal com succeeix en l'àmbit judicial. L'acreditació es regeix per l'art. 36 RH (inicialment previst per a la determinació de les normes aplicables sobre forma i capacitat, però extensible a les normes sobre validesa de l'acte). Els mitjans de prova previstos en aquesta norma són, entre altres, l'informe o l'asseveració de Notari o Cònsol espanyol, o de diplomàtic o funcionari del país en qüestió, als quals no se'ls exigeix necessàriament la legalització i traducció prevista per als documents que hagin de ser inscrits. Notaris i registradors estan obligats a determinar quina llei nacional resulta aplicable, mitjançant la corresponent norma de conflicte, però no estan obligats a conèixer el Dret estranger, si bé poden realitzar sota la seva responsabilitat un judici de suficiència, si asseguren conèixer-lo.

TRACTE SUCCESSIU

Resolució de 29 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1808)

Suspèn la inscripció d'una actuació de represa de tracte per falta de constància del DNI-NIE de demandant i demandat, domicili, règim econòmic matrimonial i caràcter de l'adquisició (art. 9 LH i 51 RH).

D'altra banda, la Direcció entén suficientment acreditada la fermesa de l'actuació. Tampoc no considera obstacle la falta de notificació per tres vegades (almenys una de les quals personalment) als titulars no compareixents d'inscripcions contradictòries de menys de trenta anys. L'última inscripció té menys de trenta anys, però és de mera reparcel·lació (que no constitueix cap títol originari d'adquisició). En aquesta hi subsisteixen les titularitats reals, sense alteració del seu règim jurídic, i es mantenen el mateix títol i caràcter de l'adquisició, de manera que en el cas resolt l'últim títol mediat és la compra de les finques d'origen la data de les quals supera el termini esmentat.

Resolució de 17 de febrer de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3023)

La interlocutòria que resol un expedient de represa de tracte ha de contenir expressament el pronunciament de cancel·lació de les inscripcions contradictòries. Així resulta de l'art. 286 RH i de la doctrina consolidada de la Direcció (v. gr. Resolució de 16 de març de 2006), i es justifica pel principi de salvaguarda judicial dels assentaments registrals (art. 1 LH), com també pel fet d'existir un salt en el tracte successiu i no una successió de titularitats.

URBANISME

Resolució de 31 de gener de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1815)

Denega la pròrroga de l'afecció real que grava diverses finques procedents d'un projecte de reparcel·lació per trobar-se caducada l'afecció, en haver passat més de set anys des de la seva anotació (termini màxim de caducitat, segons l'art. 20 RD 1093/1997). No hi ha previsió legal respecte de la seva pròrroga. Certament, l'agent urbanitzador al·lega que ha estat impossible elaborar el compte definitiu de liquidació per no haver-se inscrit encara una modificació del projecte de reparcel·lació ordenada judicialment i que compta ja amb aprovació municipal. Com que s'ha de reiniciar l'expedient de reparcel·lació i notificar-ho als afectats, allò procedent seria, un cop inscrita la modificació, realitzar nova nota d'afecció.

Celebrada una Jornada sobre «Informació i control del clausulat dels préstecs hipotecaris»



La Jornada va reunir magistrats, advocats i notaris, que van omplir la sala d'actes del Col·legi

El passat 2 d'abril, el Col·legi va organitzar una Jornada sobre «Informació i control del clausulat dels préstecs hipotecaris», en la qual van participar destacats magistrats, advocats i notaris, i que va comptar amb l'assistència de més de cent cinquanta persones.

A la inauguració, Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi, va destacar la importància de «reunir juristes pràctics per debatre sobre una qüestió de tanta actualitat des del punt de vista jurídic i social, sobre la qual els notaris estem especialment sensibilitzats». Així, va destacar que «és evident que la crisi actual ha posat de manifest les carències de la legislació hipotecària, una legislació que ha permès l'accés a la propietat a més d'un 80 % de ciutadans espanyols, però en la qual existeix una manca de protecció als deutors que ha provocat situacions injustes en determinats supòsits». A més, va afirmar que «el control preventiu de la clàusula és la clau del sistema; si no hi ha clàusula, no hi ha problema», reclamant per als notaris, un cop més, «el control preventiu de les clàusules abusives, atès que el sistema actual no ha funcionat i és davant del Notari on es formalitza el negoci jurídic».

En un primer bloc de ponències, centrat en la perspectiva judicial, Fernando Lacaba, President de l'Audiència Provincial de Girona, va oferir una visió general de les clàusules abusives des de l'òptica de l'Audiència que presideix, que al seu dia va ser pionera en aplicar l'abús de dret o l'enriquiment injust. Amb una ponència titulada «La perspectiva judicial de les clàusules abusives» (vegeu pàg. 54), va posar èmfasi en les discrepàncies i en la disparitat de criteris als tribunals entorn a la valoració de les clàusules per determinar si són o no abusives, fet que va atribuir «al legislador, que no ha estat tant hàbil com hauria d'haver-ho estat», i que va assegurar que suposa «que no estem protegint el consumidor». Va voler destacar especialment la Sentència del 14 de març de 2013, l'anomenat cas Aziz, del qual va afirmar que «no qüestiona en absolut el nostre sistema hipotecari, però sí sentència que no veu raonable que no es puguin oposar a determinades causes». Posteriorment, va repassar les sentències al voltant de clàusules que poden ser considerades abusives, entre



Vida corporativa

altres, la de l'interès variable, especialment la clàusula sòl, de la qual va afirmar que fins i tot després de la Llei 1/2013, de protecció dels deutors hipotecaris, segueix oferint seriosos dubtes, atès que *«el supòsit de defecte per transparència és confús»*. També va recalar en els interessos remuneratoris, dels quals va afirmar que *«no existeix unanimitat als tribunals, i en els quals l'última paraula la tindrà el Tribunal Suprem, que properament es pronunciarà al respecte»*, i en els interessos moratoris. Finalment, va mencionar el fet d'haver-se plantejat de nou qüestions prejudicials davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea amb ocasió d'aquesta última reforma operada per la Llei 1/2013, que afegeix encara més complexitat.

Al seu torn, Pablo Izquierdo, Degà de Mataró i Magistrat Jutge de 1a instància núm. 1 de Mataró, va presentar «La liquidació unilateral del deute, venciment anticipat i interessos de demora», una reflexió sobre les qüestions debatudes arran de la cèlebre Sentència del cas Aziz del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i que, per ser qüestions de Dret nacional intern, no pot resoldre la jurisdicció europea. Així, va centrar la seva exposició en l'operativitat i la legalitat de la liquidació unilateral del deute per l'entitat de crèdit creditora; quan i com es pot donar per vençut anticipadament el deute, i les conseqüències, singularment, pel que fa a la meritació d'interès de demora, quelcom al que s'ha pretès donar solució amb la Llei 1/2013, de protecció dels deutors hipotecaris. Així, va afirmar que *«la liquidació unilateral del deute no és abusiva sota cap concepte»*, prenent com a referència la Sentència del Tribunal Suprem 792/2009, del 16 de desembre. També va repassar la clàusula de venciment anticipat, de la qual va afirmar que, tot i exigint un mínim de tres venciments impagats, *«els tribunals no presenten execució abans dels sis o set mesos impagats»* i, pel que fa als interessos moratoris, va afirmar que, fins i tot després de la disposició transitòria 2a de la Llei 1/2013, de protecció al deutor hipotecari, *«el Jutge valora en cada cas la proporció entre els diversos interessos que aplica el banc en crèdits amb garantia hipotecària, entre l'interès remuneratori i l'interès moratori»*. Finalment, en relació amb l'interès moratori, va afirmar que *«ha de ser zero, si la clàusula es declara abusiva; aquest és l'esperit de la Directiva i de la Sentència del Tribunal Europeu»*.

Finalment, dins d'un primer bloc judicial, Carlos Puigcerver, Degà de Granollers i Magistrat Jutge de 1a Instància núm. 3 de Granollers, amb la ponència «La Sentència del Tribunal Suprem sobre clàusules sòl i ulterior jurisprudència als jutjats de 1a Instància», va examinar la jurisprudència de 1a Instància després de la Sentència del Tribunal Suprem espanyol sobre les clàusules sòl; quan i com poden ser admissibles, i, principalment, si poden tenir efecte retroactiu i, en conseqüència, si l'ordre públic econòmic pot actuar com a límit a la devolució d'interessos indegudament satisfets per aplicació d'aquest límit. En concret, va analitzar tres aspectes de la Sentència: la naturalesa del procés civil; quin és el control i quan controlar l'abusivitat i la retroactivitat. Pel que fa a la naturalesa del procés, va afirmar que *«en un procés civil on s'ha de prendre una decisió sobre un contracte o les condicions ofertes als consumidors, el traspàs és a favor del Jutge»*, i va recordar que *«l'existència de normes protectores per disminuir les clàusules abusives no és suficient»*, propugnant atorgar a la iniciativa al Tribunal per evitar que s'apliquin aquestes clàusules. En relació amb el control, va assegurar que *«forma part de l'objecte principal del contracte i el dret d'opció no és suficient, sinó que el client ha de poder influir sobre el contingut»*. En referència a la clàusula sòl, va afirmar que *«la Sentència no indica els termes en què ha d'estar redactada»*, i va comentar el control d'inclusió i de transparència, en aquest sentit, destacant *«la necessitat de comprovar si el ciutadà coneix amb senzillesa la càrrega econòmica del contracte; la càrrega jurídica relativa a l'assignació i distribució dels riscos de l'execució del contracte, i la informació que incideix en el pagament durant un període de temps raonable en el desenvolupament del contracte, és a dir, la variabilitat al llarg del temps dels tipus d'interès»*. Finalment, sobre la retroactivitat, va afirmar que *«el Tribunal Suprem va veure que podia alterar l'ordre públic-econòmic i, tot i que els jutges mercantils solen establir la retroactivitat, l'Audiència sol revocar-la per evitar un efecte de crida»*.

La primera part va concloure amb la intervenció de Jesús Ma Sánchez, Diputat de la Junta de govern del Col·legi d'Advocats de Barcelona, que va presentar la ponència «La legislació continuada de protecció dels deutors hipotecaris fins a la Llei



1/2013» (vegeu pàg. 64), amb la qual va fer un repàs a la legislació que s'ha anat promulgant amb ocasió de l'aprofundiment de la crisi i, amb especial atenció, a la que ha pretès ser «lleï solució», com és la Llei 1/2013, que, no obstant això, «poc ha servit per pal·liar els drames familiars que es viuen per no haver resolt els greus problemes dels deutors hipotecaris i de la mateixa garantia hipotecària, que segueix plantejant greus problemes d'interpretació». En aquest sentit, va afirmar que «vivim en un caos absolut, amb una proliferació de litigis innecessaris per culpa d'una mala tècnica jurídica i un legislador que introdueix modificacions sovint contradictòries». És per això que el ponent va reivindicar una «lleï de segona oportunitat o de sobreendeutament personal, com existeix a tota Europa», proposta formulada al seu dia pels juristes que finalment no va ser promulgada.

El segon bloc es va iniciar amb l'exposició de Jesús Fuentes, Notari de Barcelona, sobre la «Doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat sobre aplicació de la reforma operada per la Llei 1/2013», resolucions que van des dels supòsits en què es necessita o no taxació nova, per haver una petita ampliació de capital juntament amb novació, a quan s'ha de considerar que és necessària la signatura autògrafa del prestatari. El ponent va assegurar que «la condició resolutòria, que és una figura jurídica molt útil, està morta per inaplicació, a causa de la jurisprudència de la pròpia Direcció General, per problemes d'operativitat i posada en funcionament». Va afirmar que vivim un moment en què «la hipoteca, que sorgeix arran de la Llei Hipotecària de 1861 i la Llei del Notariat per proporcionar seguretat, pot perdre la seva funció —que és permetre l'accés a la propietat a una majoria de persones— per envoltar-la d'aquestes exigències, de vegades desproporcionades i de tal desconfiança, de manera que el crèdit hipotecari resti restringit a molt poca gent o que ens divideixin en grups». Es per això, va afirmar, que «cal fer un esforç de racionalització i demanar al legislador que legisli racionalment, doncs es podria impedir a moltes persones l'accés al crèdit, i això és molt greu». El ponent va assegurar que «la major part de les resolucions de la Direcció General són sobre la contractació amb entitats financeres, però hem de recordar que la hipoteca existeix al marge de les entitats financeres». Referint-se a la Resolució del 2 de febrer de 2014, va aprofundir en el fet que la llei actual desplega un sistema de protecció de caràcter gradual: un primer nivell universal; un segon nivell per als casos en què la finca hipotecada és l'habitatge habitual, i un tercer nivell en què, a més, s'afegeix el fet que el préstec tingui com a destinació final l'adquisició d'aquesta. Va recordar que aquesta Resolució també reforça l'àmbit de la qualificació registral, reinterpretant l'art. 12 de la Llei Hipotecària, i, per últim, va recordar que estén la protecció del deutor hipotecari i exigeix nota manuscrita. Finalment, va reflexionar sobre la diversitat de préstecs o cobertures hipotecàries, unes on intervenen entitats financeres i altres on no hi intervenen, i va valorar la possibilitat de «fer un clausulat homologat que hagi d'aplicar-se sempre per establir determinats paràmetres que hagin de complir-se. Sinó —va afirmar—, hem creat un embolic de difícil solució que es pot tornar en contra de la part més dèbil: el ciutadà del carrer».

El Jutge valora en cada cas la proporció entre els diferents interessos que aplica el banc en crèdits amb garantia hipotecària, entre l'interès remuneratori i l'interès moratori

Posteriorment, va tenir lloc la ponència «Oferta vinculant i informació prèvia a l'autorització del préstec hipotecari», a càrrec de Verònica Dávalos, advocada de Barcelona (vegeu pàg. 69). En aquesta ponència es va informar sobre «l'obligació de l'entitat financera de presentar oferta vinculant, existent fins a l'Ordre ministerial del 29 d'abril de 2012, que estableix que l'oferta vinculant no és obligatòria per a l'entitat bancària i només es presentarà en cas que el client la sol·liciti, però sí és necessari el FIPER (fitxa d'informació precontractual) i important el FIPER (fitxa d'informació personal)», doncs contenen informació molt exhaustiva i detallada. També va instar a analitzar el paper dels funcionaris públics que intervenen en el procés, remarcant la necessitat que «en l'acte d'atorgament de l'escriptura notarial, el Notari verifiqui que s'han complert el FIPER i l'oferta vinculant, en cas d'haver-ne, així com que s'hagin entès les clàusules essencials». Finalment, va destacar la importància de comunicar al ciutadà que, «en virtut dels articles 105 i 140 de la Llei Hipotecària, respondrà amb béns presents i futurs», i va exhortar a «la responsabilitat social de tots per aconseguir aquesta protecció a la part més dèbil en el contracte adhesió».

En la intervenció final, Àngel Serrano, Notari de Barcelona, va presentar la ponència «Directiva europea sobre "crèdits hipotecaris", reformes pendents en els préstecs hipotecaris» (vegeu pàg. 93), una directiva que s'haurà de transposar, com a molt



Vida corporativa

La llei actual desplega un sistema de protecció de caràcter gradual: un primer nivell universal; un segon nivell per a casos en què la finca hipotecada és l'habitatge habitual, i un tercer nivell en què s'afegeix el fet que el préstec tingui com a destinació final l'adquisició d'aquesta

tard, a principis de 2016, i que «*implicarà un canvi bastant substancial del que és la pràctica habitual actual, tant en operacions vinculades com pel que fa a la informació, que haurà de ser més clara i concisa, així com en cercar solucions que no siguin l'execució pura i simple, que hauria d'esdevenir l'últim remei indesitjat*». Va afirmar que «*el problema és que el Govern d'Espanya adapti la Directiva mitjançant reial decret llei, doncs li costa molt transposar les directives i ha de saber adaptar-la a temps i en forma*». Després d'assegurar que «*la Directiva és bastant més revolucionària que la "sentència Aziz"*», va afirmar la necessitat que «*en les facultats, les oposicions o els manuals es reculli el Dret viu, no el del segle XIX, i que el legislador espanyol no tregui les lleis en secret, sinó que presenti els avantprojectes a debat*». També va assegurar que «*aquesta Directiva és de mínims i garanteix a tots els ciutadans europeus que, com a mínim, tinguin les garanties que recull, sense excloure que el legislador espanyol pugui establir-ne d'altres*». Va repassar l'article 1, que «*posa èmfasi en el fet que el transcendent en el préstec hipotecari és el dret contractual, no la hipoteca, que seria la garantia i, per tant, accessori*», i va recordar que «*la hipoteca ofereix pocs problemes; el més important és la fase d'execució, que és la Llei d'Enjudiciament Civil i la Llei del Mercat Hipotecari*». El ponent també va destacar que la Directiva estableix que «*el primer que importa del crèdit hipotecari és la publicitat, l'oferta, veure si és lleial o enganyosa; després, informar clarament del cost del crèdit; la informació bàsica i la Llei de Contractes de Crèdit al Consum; especificar la TAE i la FEIN; donar informació proporcionada, limitada i amb prou antelació; l'oferta vinculant i el projecte de contracte; en definitiva, la claredat*».

Entre els temes més problemàtics actualment, va destacar l'article 16 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlament Europeu i del Consell, del 4 de febrer (DOUE del 28 de febrer de 2014), que exigeix «*explicacions adequades*» sobre les característiques principals: quan es revisa l'euríbor i els efectes específics. També s'indica que en les explicacions s'ha d'informar de les conseqüències de l'impagament, informar clarament de si els productes entre operacions vinculades es poden rescindir i del càlcul de la TAE, i també incideix en la taxació, fixant que «*s'ha de subjectar a normes fiables i ser una taxadora prou independent*», així com «*fixar la limitació del tipus de risc i la conservació de registres històrics perquè qualsevol ciutadà pugui veure fàcilment com han evolucionat els tipus d'interès*». Va mencionar també l'article 27, que precisa que s'ha de comunicar al consumidor quan canviï el tipus d'interès i informar de l'import de nous pagaments, i l'article 25, sobre reembossament anticipat, «*que modifica el que s'aplica ara, atès que ha d'implicar una reducció del cost total del crèdit*».

Pel que fa a l'article 28, va afirmar que «*contempla en l'ordinal 3 que es puguin imposar recàrrecs —serien els interessos de demora—, però en determinaran el valor màxim*». I, a més, en l'ordinal 4 s'ordena que els estats membres «*no impediran*» que les parts amb un crèdit impagat «*puguin acordar expressament que la transferència de la garantia o ingressos derivats de la venda de la garantia del prestador sigui prou per reembossar el crèdit*», que seria una modalitat de la dació en pagament. A més, els estats membres hauran d'adoptar «*mesures que facilitin el reembossament en els casos en què el deute no quedi saldat en finalitzar el procediment d'execució, per tal de protegir el consumidor*», quelcom que seria la «*segona oportunitat o fresh start*». Per acabar, va recordar que «*la Constitució espanyola garanteix la dignitat de la persona, i això ha de tenir-se present com a límit a l'execució*».

La clausura va córrer a càrrec de Santiago Ballester, Director general de Dret i entitats jurídiques de la Generalitat de Catalunya, que va destacar «*la gran rellevància social dels temes tractats*» i va afirmar que, malgrat la limitació de competències de la Generalitat de Catalunya en aquest àmbit, «*a través de la mediació i, especialment, de la modificació de la Llei de Consum —actualment en tràmit al Parlament—, intentem concretar el dret d'informació al consumidor, la transparència de les clàusules hipotecàries, limitar abusos en els interessos de demora i fomentar la mediació*». Finalment, recollint les diferents opinions expressades durant la jornada, va afirmar que «*la Llei 1/2013 no ha resolt els problemes dels deutors hipotecaris i la garantia hipotecària, que segueix plantejant greus problemes d'interpretació. Cal cercar solucions per a les famílies endeutades, és necessària una funció pedagògica informativa i cal obligar les entitats financeres a informar de manera clara i evitar situacions com l'actual, en la qual el legislador legisla com ho ha fet*».



Jornada pràctica sobre pactes successoris del Dret civil català



Els pactes successoris, després de les reformes introduïdes al Llibre IV del Codi civil català, van ser àmpliament exposats en el transcurs de la Jornada

El 12 de març, el Col·legi va organitzar la jornada «Una aproximació pràctica als pactes successoris del Dret civil català», coorganitzada juntament amb l'Associació d'Especialistes en Dret de Successions. En el transcurs de la jornada, es va fer un ampli repàs a la tipologia, plasmació escriptural —documental— i relació amb els protocols familiars.

En la inauguració, Ramon Pratdesaba, President de l'Associació d'Especialistes en Dret de Successions, va destacar «la transversalitat de l'àmbit successori» i la «necessitat de vèncer determinades reticències a aplicar-los». També va remarcar que els pactes suposen una de les principals novetats del Llibre IV, en el qual es fa un tracte renovat de la institució, i va afirmar que «*existeix una tendència a recuperar els pactes, que havien caigut en desús, i reintroduir-los*». També va destacar «*el seu gran paper en la prevenció del conflicte successori i familiar, per ser elevat el pacte d'autorregulació i no poder-se modificar posteriorment de manera unilateral*». Va voler destacar la utilitat dels pactes per als ciutadans i va recordar que el 2015 entrarà en vigor la disposició 650 del Consell de la Unió Europea, que propiciarà que els països que fins al moment no acceptaven el pacte successori el reconeixin a partir de llavors.

Al seu torn, el Notari Jesús Gómez Taboada va analitzar els articles referents a pactes successoris del Llibre IV, que va entrar en vigor l'1 de gener de 2009, i va afirmar que «*en cinc anys, ja hem vist la utilitat d'aquests pactes successoris; el legislador ha complert i ara nosaltres tenim la responsabilitat de fer conèixer aquestes institucions per resoldre problemes*». Malgrat no disposar d'estadístiques, va assegurar que «*es percep un augment dels pactes*», i va aportar la dada que l'any 2013, a Catalunya, el 23 % dels documents que es van autoritzar a les notaries van ser de dret successori —concretament, un 2 % van ser declaracions d'hereus; un 12,5 %, testaments i un 8,5 % acceptacions d'herència. Posteriorment, va repassar, d'una banda, l'essència del pacte successori, afirmant que «*el principal focus*



Vida corporativa

d'atracció és la irrevocabilitat», essent per això exigible l'edat de 18 anys —a diferència dels 14 anys per a testar— i l'elevació a escriptura pública; d'altra banda, va exposar diversos supòsits de casos pràctics resolts amb pacte successori.

Al seu torn, el Notari Lluís Jou va exposar la utilitat de disposar d'un estudi quantitatiu i qualitatiu sobre els pactes successoris, que s'està portant a terme amb la col·laboració de diverses notaries i de la Universitat de Barcelona i que permetrà obtenir dades estadístiques per conèixer de forma adequada els usos i l'evolució en la introducció de l'aplicació dels pactes després de les modificacions introduïdes al Llibre IV del Codi civil de Catalunya. Va exposar les tipologies de pactes successoris, l'esquema habitual dels pactes anteriors, la visió pràctica i les dades extretes a la seva Notaria en el període 2009-2012. Pel que fa a la tipologia, va recordar l'existència dels pactes d'atribució —«que donen llibertat per a pràcticament tot, poden ser a favor dels atorgants o de tercers i els beneficiaris dels quals no tenen límit»— i dels pactes de renúncia —«limitats pel que es preveu a l'article 451/26 en relació amb la legítima futura». Jou va exposar també l'existència de pactes d'herència —descriuint els heretaments simples i els cumulats, i exposant l'heretament pur i el mutu— i de pactes d'atribució particular —incloent aquests els vinculants i els no vinculants.

Pel que fa als heretaments anteriors a les novetats del Llibre IV, Jou va afirmar que «eren pactes successoris establerts dintre de pactes matrimonials i, per regla general, es poden classificar en quatre tipus: 1) heretaments a favor dels contraents; 2) casos en què es casaven entre ells i fixaven usufructuaris viudals; 3) casos en què es casaven entre ells i fixaven pacte a favor dels fills que tindrien, sovint fets amb caràcter preventiu o prelatiu, i 4) aquells que es casaven i renunciaven a la legítima futura en el supòsit de la successió intestada del causant impúber, per evitar el traspàs de patrimoni entre famílies». El ponent va afirmar que «el Llibre IV ha pretès posar tot això al dia, fer evident que no són necessaris capítols matrimonials per fer pactes, obrir el marge de parents que poden pactar-los i subratllar que són possibles pactes d'atribució particular, quelcom que era bastant discutible amb la legislació anterior». Pel que fa a les dades extretes de la seva experiència a la Notaria en el període 2009-2012, va afirmar que, en l'àmbit successori, es van signar 1.618 testaments, 129 actes de declaració d'hereus, 12 pactes successoris, 1 donació per causa de mort i 4 renunciacions a legítima futura, atorgades sempre amb motiu de donacions, «dades que suposen un 1 % de pactes davant d'un 99 % de testaments». Sistematitzant els pactes signats, la majoria van pretendre prevenir conflictes futurs, «gairebé sempre pensant en el possible canvi d'opinió d'un dels dos progenitors davant una possible pèrdua de capacitat, però, sobretot, de voluntat». En altres casos, el motiu va ser assegurar la transmissió del patrimoni familiar, mantenir la unitat matrimonial del patrimoni i, finalment, algun va ser de renúncia a la legítima, en un moment en què la donació als fills era més favorable que l'herència.

Per finalitzar la seva intervenció, Lluís Jou va citar, com a avantatges del pacte successori, «oferir la garantia d'una voluntat meditada, sobretot en el cas de persones que han arribat als 70 anys, amb el cap clar i sabedors ja de la situació dels seus fills». També va afirmar que «ofereix la possibilitat de partir dos patrimonis fent una unitat», i va recordar la utilitat de «la irrevocabilitat dels pactes quan arribes a la viduitat», així com va assegurar que «si el pacte s'estableix només entre marit i muller, té molt pocs riscos». Per tot això, va afirmar que «entre tots hem de trobar-los encara més avantatges i hem de perdre'ls la por. I per a això, és bàsic pensar que són irrevocables entre qui els pacten, però que no necessàriament han d'incloure els fills. Mentre els pares tinguin la clau, no hauria de ser tan complicat introduir-los».

Finalment, les advocades Pilar Pérez Valenzuela i Arancha Tobaruela Carrera, del bufet Garrigues, van exposar la perspectiva pràctico-jurídica dels pactes successoris i els protocols familiars. D'aquesta manera, van afirmar que «al voltant d'un 70 % dels protocols familiars que fem acaben en pacte successori», i van exposar, pas a pas, la preparació del protocol familiar, amb les fases d'elaboració i claus d'èxit i els pactes més habituals, recalant en els pactes d'atribució particular i el decàleg de preguntes que el client ha de saber contestar. En la seva exposició, van assegurar que «l'èxit radica en enfocar-lo com un procés que afronta la família, amb una primera fase estratègica i de reflexió, i, posteriorment, treballar-ne el desenvolupament jurídic, a través de normes i pactes, així com crear aquells òrgans que tenen per objecte el seguiment del protocol i l'adaptació de canvis en la família o l'empresa». Van considerar rellevant la dada que «el 70 % de les famílies que cerquen un pro-

El principal focus d'atracció del pacte successori és la irrevocabilitat, essent per això exigible l'edat de 18 anys —a diferència dels 14 anys per a testar— i l'elevació a escriptura pública



tol el veuen com solució a un conflicte, basant-se majoritàriament en problemes de comunicació en la família; un 20 % apareix en situació de conflicte familiar, i un 10 % ve a planificar». Així, van assegurar que «no és convenient iniciar un procés de protocol familiar quan hi ha un conflicte familiar molt alt que no es vol resoldre; quan existeix un dol recent; quan la següent generació és molt jove, o quan existeix una molt baixa motivació o compromís». En relació amb la naturalesa jurídica del protocol familiar, van exposar que l'objectiu d'aquest acord marc és, majoritàriament, «assegurar un model de continuïtat dintre de la consanguinitat i definir un codi de conducta dels accionistes, que haurà de ser revisat periòdicament para adaptar-lo als canvis que pugui haver en la família, el mercat, l'economia o l'empresa». Pel que fa al contingut del protocol, van exposar els pactes de família, els pactes entre socis i els pactes d'implementació, destacant la successió *mortis causa*, que queda resolta amb un pacte successori d'atribució particular, així com el fet que el pacte successori també pot incorporar tot el protocol familiar. El protocol familiar, segons van afirmar, «permet regular moltes qüestions, i, concretament, el pacte successori d'atribució particular busca donar compliment a la voluntat de les parts, així com oferir la garantia a l'atorgant que la seva voluntat es complirà, i a la inversa».

Introduint-se en el contingut més habitual d'un pacte successori en relació amb un protocol familiar, les ponents van afirmar que «les clàusules que sempre recomanem en un pacte successori d'atribució particular són la determinació dels signataris, les manifestacions i antecedents, l'objecte i la seva finalitat». Pel que fa a les atribucions particulars, van afirmar considerar «clàusules interessants: la de qui són els beneficiaris i quina distribució farem; les substitucions vulgars; condicions, càrregues i modes successoris; supòsits d'usdefruit de cònjuges; substitucions preventives de residu i substitucions fideïcomissàries; la d'administració especial; la de mode successori, així com la de reserves de modificació de percentatges o de transmissió inter vivos». També van exposar el tema de la conservació del pacte successori, la seva modificació o revocació del pacte i la publicitat. A mode de reflexió final, van assegurar que «la nova regulació semblava que havia de ser solució a tots els problemes», però cal tenir en compte que els pactes successoris «en la pràctica són una arma de doble tall: vinculen, però també limiten. És per això —van concloure— que qui vol un acte successori ha de saber molt bé en què consisteix i quin abast té».

Les clàusules que habitualment es recomanen en un pacte successori d'atribució particular són la determinació dels signataris, les manifestacions i antecedents, l'objecte i la seva finalitat

En la intervenció final, Ramon Pratdesaba va focalitzar la seva exposició en els pactes successoris d'atribució particular, dels que va afirmar que «permeten pensar en la pròpia mort, reflexionar i localitzar el conflicte, tractar-lo separatament, arribar a un acord i signar-lo», recordant que «l'afavorit pel pacte successori d'atribució particular, independentment de l'hereu, pot prendre possessió per si mateix d'aquesta atribució, i és interessant també la imputació a la legítima». Va recordar també la possibilitat de modificar-lo, en cas d'acord, i la importància de «complementar-lo amb el testament o un pacte successori general». Pel que fa al tractament legal, va recordar que el pacte successori de tracte general també és aplicable al pacte successori d'atribució particular, i va afirmar no tenir precedents jurisprudencials, ja que «molts pactes encara estan sobre paper i sense aplicar».

Finalment, Pratdesaba va afirmar que «des de l'1 de gener de 2009, amb el Llibre IV del Codi civil català, l'empresari català disposa d'un nou instrument jurídic per ordenar la transmissió del patrimoni familiar», un tema que el preocupa habitualment i que «a Catalunya s'havia resolt tradicionalment amb la successió contractual a través dels heretaments estipulats en capítols matrimonials, pensats per a economies agràries i que clarament havien quedat desfasats». Sobre les diferències entre el pacte successori i el testament, va afirmar que, «mentre aquest últim és un acte unilateral i personal en el qual només participa la voluntat de l'atorgant, els pactes successoris són contractes que requereixen del consens dels signataris, és a dir, de la concurrència de voluntats», així com la necessitat, en el cas dels pactes, de ser elevats a escriptura pública. Va recordar que «tant en el testament com en els pactes, el beneficiari no adquireix els seus drets fins que es produeix la mort del causant», i la importància de tenir present que «la nul·litat, separació matrimonial, divorci o cessament de la convivència en una parella de fet no altera els efectes del pacte successori, a menys que s'hagi especificat el contrari». Va concloure que «és evident que són múltiples els escenaris en què es planteja la conveniència de signar un pacte successori i, per tant, es tracta d'un instrument que cal tenir en compte i que pot ser molt útil per a l'empresari que vulgui abordar amb èxit la successió del patrimoni familiar».



Conferència de Jaime Lamo de Espinosa sobre la figura de Joaquín Costa



Lamo de Espinosa va exposar la figura de Joaquín Costa com a Jurista, agrarista i regeneracionista

El passat 24 de febrer, Jaime Lamo de Espinosa, Catedràtic Emèrit d'Economia, Enginyer Agrònom i Exministre d'Agricultura, va pronunciar al Col·legi la conferència «Joaquín Costa: Jurista, agrarista i regeneracionista».

En un acte presidit per Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi, en la seva introducció, Ollé va voler destacar que Costa «*va ser una figura jurídica i intel·lectual de primer ordre, que va plantejar un profund regeneracionisme en el sentit més ampli, i un Notari amb idees molt vigents encara*». I va manifestar ser considerat «*un avançat a la seva època*», atès que, ja en l'època de debat de la Llei del Notariat, aprovada l'any 1862, «*va reivindicar la funció pública del Notari, proposta absolutament vigent avui dia, quan, més que mai, la figura del Notari se centra en el servei al ciutadà i aquest constitueix el centre neuràlgic de la professió*».

El conferenciant va destacar l'ampli ventall d'àmbits en què Costa va destacar, entre d'altres, «*com a universitari, Historiador, Jurista, Notari, Advocat de l'Estat, polígraf, articulista, assagista, conferenciant, orador, Professor d'institut de lliure ensenyament, aragonès i patriota*». Malgrat que molts han intentat apropiar-se ideològicament del seu pensament i de la seva persona, va assegurar que «*era un espanyol de tots, corerit per la crisi que l'impulsa a defensar la regeneració i a apostar per fer una Espanya nova i, sobretot, europea*». En els trenta anys reals de producció d'obra,

compresos entre el final de la Primera República i l'arribada d'Alfons XII, destaca una extensa obra, essent la més crítica *Oligarquía y caciquismo*, que constitueix una denúncia enorme del sistema polític canovista de la Restauració.

Com a Jurista, Lamo de Espinosa va destacar que era «*un Jurista colossal, era la seva carrera i el seu ofici*». Va actuar primer com a Professor i Lletat i va ingressar posteriorment al cos notarial, l'any 1888, com a Notari a Jaén, on va obtenir el número u de la seva promoció. Només ingressar, el ponent va voler exposar que «*ja escriu sobre la necessitat de la reorganització del Notariat, del Registre i de l'Administració de justícia, fet que mostra la seva forta personalitat*».

Posteriorment, comença a destacar com a polític —malgrat que no va legislar mai— i agrarista. En aquest sentit, va viure la crisi de finals del segle XIX, que defineix com a «*fonamentalment agrària i només evitable sota el punt de vista agrari*», afirmant que «*la salvació passa per convertir les terres en terres de regadiu*». El tema hidràulic és la seva



gran obsessió i la seva obra de referència és *Política hidráulica* (1880). En aquest sentit, sempre va defensar «una Espanya de fruiters, vinyes i oliveres», així com el lliurecanvisme i la teoria del lliure aranzel.

Pel que fa a la vessant regeneracionista, que el conferenciant va ubicar sobretot en el període 1868-1874, en un moment de profunda crisi econòmica, Joaquín Costa reclama «*disminuir el deute i clama contra la despesa pública*». Parla d'una crisi constitucional dins de la crisi de la nació i planteja canvis radicals en l'aplicació de recursos, dedicant més diners a educació i recerca, «*com a factor imprescindible per refer a l'espanyol en un motlle europeu*». Així, parla d'augmentar la productivitat; millorar les infraestructures; afavorir el crèdit; canviar la legislació social; sanejar i europeïtzar la moneda, i canviar l'educació nacional, «*de manera que es recuperi la confiança europea en Espanya*». Així mateix, reclama un poder judicial digne; més poder local; renovar el liberalisme abstracte i realista per neoliberalisme orgànic —i substantiu—, i construir el que anomena Unió Ibèrica.

Lamo de Espinosa va tancar la seva intervenció afirmant que, com ell mateix es definia, «*Joaquín Costa era un "llaurador aragonès folrat d'intel·lectual"* i va representar la lluita per la tradició des de la tradició mateixa, a més d'omplir l'Espanya del moment d'idees per a transformar-la. En definitiva, va ser un Notari i Advocat de l'Estat excepcional, singular agrarista, gran definidor de la política agrària i el millor dels nostres regeneracionistes».

Conferència de l'Ambaixador alemany Reinhard Silberberg sobre la política europea de la gran coalició

El 9 d'abril, va tenir lloc al Col·legi la conferència «La política europea de la gran coalició», a càrrec de Reinhard Silberberg, Ambaixador d'Alemanya. En la presentació de l'acte, el Notari Javier Martínez Lehmann va exposar els seus dubtes sobre «*si la política europea actual camina cap a la desunió o cap al ferm propòsit d'avançar i aprofundir en la integració dels estats*», i va afirmar que en els moments de crisi actuals —primer, financera; després, econòmica, i, posteriorment, institucional— «*queden lluny les teories de molts economistes de l'any 2005, quan parlaven d'una economia amb fonaments i bases molt sòlides, de polítiques de creixement i de rigor pressupostari*». Comptant amb l'euro en països que no comparteixen política fiscal, ni econòmica, ni legislació laboral comuna, Martínez Lehmann es va preguntar si és possible una Europa unida i competitiva, per a la qual va considerar fonamental «*facilitar l'accés al finançament d'empreses i particulars en termes d'equitat amb altres països, que els recursos per a l'educació siguin proporcionals entre els països tant quantitativa com qualitativament i l'adopció a Europa d'una política exterior comuna i de creixement, així com pel que fa a la distribució de riquesa*».

Reinhard Silberberg va exposar, en primer lloc, la visió que els alemanys tenen del nostre país, descrivint «*un endeutament massa alt; un sistema de pensions insostenible; un sistema polític amb duplicacions i una burocràcia sobredimensionada; un sistema de sanitat públic car i poc eficient; una economia que ha perdut competitivitat, i uns costos laborals que han pujat*». Una situació, segons va comentar, «*com la de l'Alemanya de 2003*». En aquest context, el ponent va afirmar que l'agenda de reformes posada en marxa a Alemanya és semblant a la d'Espanya; allà va consistir a modificar la Constitució per separar

Silberberg va comparar l'actual situació del nostre país amb l'Alemanya del 2003



Vida corporativa



L'ambaixador d'Alemanya va parlar de l'agenda reformista i de la coalició de govern alemanya

competències entre l'Estat i els diferents territoris, així com a reorganitzar les relacions financeres, en la reforma del sistema de pensions i en la del sistema sanitari, fet que va suposar «un elevat cost polític, econòmic i social». La diferència entre els dos països, va explicar, radica en el fet que «Alemanya va fer la reforma en el marc d'un entorn financer i internacional tranquil, mentre que Espanya ha d'aplicar una agenda reformista en el context d'un clima volàtil». També va assegurar que «després de les reformes, els resultats arriben amb un retard de tres o quatre anys, de manera que, actualment, Alemanya gaudeix de bona salut —atur inferior al 6 % i índex positiu pel que fa al creixement econòmic—, mentre que Espanya encara té una taxa d'atur molt elevada que és difícil de reduir [aquest és el gran repte] i una despesa en I+D de l'1,3 %, molt inferior al desitjable 3 %». «A més —va continuar— existeix un dèficit en formació professional i és un problema la corrupció, que existeix a tot arreu, però contra la qual s'ha d'actuar». L'Ambaixador alemany va afirmar que el seu país confia en la capacitat innovadora d'aquest país, com ho demostren les més de 1.100 empreses alemanyes instal·lades a Espanya, que facturen 73.000 milions d'euros a l'any, un 7 % del producte interior brut, i en les quals treballen 350.000 espanyols.

Finalment, va exposar la gran coalició existent a Alemanya entre els dos grans partits polítics, «en la qual regeix el compromís europeu i que estableix com a prioritats combatre la crisi a la Unió Europea, una crisi no només econòmica i financera, sinó també política, per a la qual hem hagut de desenvolupar nous instruments, com els fons de rescat, així com crear tractats que incorporin aquests instruments davant el paper tan debilitat del Parlament Europeu, alhora que avançar en la sobirania europea, tot i ser conscients que és molt difícil d'aconseguir, doncs es parteix de concepcions econòmiques molt diferents».



Jaume Vicens Vives i la crisi del segle XX



L'historiador Miquel Àngel Marín Gelabert va repassar la biografia i obra de Jaume Vicens Vives

En un acte que es va celebrar al Col·legi el passat 18 de març, l'historiador Miquel Àngel Marín Gelabert (Palma de Mallorca, 1972) va pronunciar la conferència «Jaume Vicens Vives i la crisi del segle XX», en la qual va repassar la biografia d'aquest reconegut historiador català (1910-1962), de referència arreu d'Europa, l'àrea d'estudi del qual es va centrar en la Catalunya de la baixa edat mitjana, per acabar essent considerat la principal autoritat en la història econòmica i social.

Juan José López Burniol, Notari de Barcelona, va introduir el ponent, investigador en el Departament de Ciències Històriques de la Universitat de les Illes Balears, amb una formació i una trajectòria àmpliament europees i autor d'una dotzena d'estudis en llibres col·lectius i en revistes especialitzades, així com de *Jaume Vicens Vives. La crisi del segle XX (1919-1945)*, reedició de *Historia general universal*, obra publicada originalment a principis dels anys trenta, de la qual Vicens Vives seria l'encarregat de l'actualització dels continguts, llibre que va ser objecte de l'exposició.

Gelabert va iniciar la seva intervenció recordant l'estreta relació de Vicens Vives amb el Col·legi, de qui va rebre el Premi Antoni Par en la segona edició, l'any 1951, així com amb l'Arxiu Històric de Protocols de Barcelona, a més de recordar la seva amistat amb el Notari Raimon Noguera, que va recolzar financerament les seves publicacions i les dels seus deixebles.

Per tal de realitzar un repàs al llibre *Jaume Vicens Vives. La crisi del segle XX*, bastant-se en el redactat per Vicens Vives en un temps polèmic, durant els primers anys quaranta, el conferenciant va realitzar una aproximació biogràfica a Vicens Vives fins al 1947, afirmant que «no se'l pot valorar sense la contextualització necessària de la seva producció». Així, va explicar



Vida corporativa

El llibre destaca les arrels cristianes de tot projecte europeu i, per extensió, mundial; exposa el paper del liberalisme i la seva oposició radical a l'autarquia; alerta de la perillositat dels conflictes exacerbats

que la Guerra Civil va suposar «una ruptura traumàtica dels espais de l'experiència i dels seus horitzons d'expectatives —ell ja era Catedràtic d'institut i Professor d'universitat—; va prendre la decisió de quedar-se i va haver d'adaptar-se al nou règim presentant-se a l'exèrcit, va ser depurat com a Catedràtic d'institut i investigat en la causa general». Gelabert també va repassar l'obra de Vicens Vives des de la primera obra, *Política del rey católico en Cataluña*, passant per *España: geopolítica del Estado y del Imperio* i *Historia general moderna*, així com l'obra periodística, publicada majoritàriament a la revista *Destino*, a més de la seva implicació en dos grans projectes editorials: la creació de Teide i els seus projectes editorials a l'editorial Gallach.

Abans d'abordar el llibre *Jaume Vicens Vives. La crisis del siglo XX*, el ponent va exposar la seva obra sobre geopolítica escrita sota el pseudònim de Lorenzo Guillén i, posteriorment, es va endinsar en la gestació del text històric, escrit sota doble censura —administrativa i acadèmica—, fet que va fer necessària una adaptació al pensament polític i als usos públic de la història. Així, va repassar, entre les principals característiques, l'enfocament a la formació de les noves elits; el recurs del cabdillisme i lideratge —utilitzant la figura de Ferran el Catòlic—; l'antiliberalisme i l'anticomunisme; un sentit unitari de la història d'Espanya —sobretot la del segle XVII—; les referències al cristianisme i a la tradició com a element constitutiu de la nació; l'origen renaixentista de les formes polítiques contemporànies, i el paper essencial de les elits polítiques. Finalment, en referència a l'estructura interna, va repassar els sis apartats de què consta el llibre i, com a conclusions principals, va destacar que, pel que fa a formes polítiques, insta a propiciar institucions de representació que asseguressin un ordre jurídic internacional; destaca les arrels cristianes de tot projecte europeu i, per extensió, mundial; exposa el paper del liberalisme i la seva oposició radical a l'autarquia; alerta de la perillositat dels conflictes exacerbats —i responsabilitza el comunisme de les democràcies liberals i l'ascens del feixisme—; exposa la necessitat de la societat civil i de les elits rectores, i aprofundeix en el paper determinant de la burgesia.

Normes per a la publicació de treballs a **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetràn, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primer pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línia (alineades al marge dret).

2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).

3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.

— Els articles doctrinals han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.

— Els articles pràctics no han de superar les 10/15 cares de foli.

— Els comentaris de sentències o resolucions, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.

4. **ACEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:

— L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.

— L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.

— La no acceptació del treball.

5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.

6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els articles doctrinals en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles pràctics o en els comentaris de sentències o resolucions.

— No pot utilitzar-se *negreta* (excepte en el epígrafs o subepígrafs) ni subratllat en cap cas.

— Notes a peu de pàgina. Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.

— Cites. Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de la cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line**.

Entra en www.colnotcat.es y accede a la sección **Publicaciones**.

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.

